Organização
Paulo Gustavo Gonet Branco

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
1ª EDIÇÃO

IDP
Brasília 2013

Organização

Paulo Gustavo Gonet Branco

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

1ª edição

Autores:

Hilton Louzada

Adriana da Fontoura Alves

Ana Carolina Figueiró Longo

Paulo G. Gonet Branco

Simone Andréa Barcelos Coutinho

Marcus Frazão

José Wilson Ferreira Lima

IDP

Brasília

2013

SUMÁRIO

ALGUMAS PALAVRAS SOBRE A DIGNIDADE HUMANA

Hilton Louzada

10.11117/9788565604222.01

O presente texto tem como objetivo, em primeiro lugar, a abordagem da Dignidade da Pessoa Humana enquanto princípio inscrito no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, como fundamento do Estado Democrático de Direito, e, em segundo lugar, seu diálogo com a teoria da dignidade e com algumas formas de violação do princípio da dignidade apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de evidenciar a aplicabilidade do princípio em situações concretas, pois como diz parte da doutrina, se existe a dificuldade de conceituação do termo, não existe dificuldade de verificação da existência de determinada violação à dignidade. A jurisprudência, nesse mesmo sentido, não tem dificuldade em fundamentar suas decisões, nos casos postos à apreciação judicial, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em que pese toda atualidade do tema e a grande controvérsia por ele gerado, impõe-se um aporte preliminar de dados não jurídicos. Isso se deve ao fato de que a moderna concepção da dignidade da pessoa humana utiliza, com ênfase, ideias desenvolvidas ao longo de séculos, as quais nos influenciam até hoje. Necessária, portanto, a acumulação de diversas miradas sobre o tema. Segundo Imannuel Kant:

> Por mais alto que alcemos a aplicação de nossos conceitos e, com isso, por mais que operemos uma abstração da sensibilidade, a eles, porém, estão sempre ligadas representações da imaginação, cuja função própria consiste em fazê-las─ elas que não derivam da experiência ─ capazes de servir ao uso na experiência.[1]

Já segundo Ingo Sarlet, citando O. Hoffe, *apud Medizin ohne Ethik*?, a noção de dignidade remonta a um sábio confucionista chinês, chamado Meng

---

[1] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 99.

Zi, que viveu no século IV a. C. e que dizia que "cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus, e que é indisponível para o ser humano e os governantes."[2]

Podemos verificar, inicialmente, que o conteúdo da definição de dignidade tinha dois componentes importantes, quais sejam o da dignidade como algo que é inerente ao homem, pois ele nasce com uma dignidade e, ainda, no sentido divino (teoria da dádiva, atribuição divina). Nesse sentido, a "justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta."[3]

A mudança de paradigma ocorre durante os séculos XVII e XVIII, quando a compreensão da dignidade da pessoa humana, "assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade."[4]

O maior expoente desse movimento de racionalização foi o filósofo alemão, Immanuel Kant (que viveu entre 1724 e 1804), autor da obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, com quem o esclarecimento do que efetivamente seja dignidade ganhou impulso. Ele defendia a tese de que os homens constituem um fim em si mesmo. Para Kant, a "concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem."[5]

O homem se constitui, para a kantiana "teoria dos fins", em uma finalidade da vida, da existência. Não pode ser utilizado como meio para a construção de determinado objetivo. O indivíduo não é fungível ou

---

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.
[3] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. VI Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.
[4] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª ed. rev. e atual. 2009. p 34/35.
[5] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª ed. rev. e atual. 2009. p 35.

intermediário. Segundo Kant, as coisas possuem um preço, e os homens possuem dignidade. Essa teoria, informada por bases religiosas e filosóficas, é considerada a base da moderna concepção ocidental da dignidade da pessoa humana. Dizia Kant que:

> [...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.[6]

À teoria kantiana se junta outra, contemporânea, mas que comunga do mesmo sentido daquela, a teoria da fórmula-objeto**,** de Günther Dürig, citada com frequência pelo professor Peter Häberle, segundo a qual:

> [...] cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.[7]

Verifica-se a partir das ideias de Gunther Dürig que há mais do que uma dimensão biológica da dignidade. Esta última, ainda que relevante, não pode ser única e determinante. Constatamos também uma dimensão social, coletiva, comunitária e relacional que, amparada em Jürgen Habermas, nos informa que:

> [...] a acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que sua intangibilidade [...] resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, de tal sorte que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade.[8]

---

[6] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos; conforme Caio Tácito, do Estado Liberal ao Estado do Bem-Estar Social**. Temas de Direito Público. São Paulo: Renovar, 1997, p 381.
[7] SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21.
[8] SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 25.

Uma parte expressiva da doutrina diz que existe dificuldade em conceituar o que efetivamente seja a dignidade, sendo, contudo, relativamente fácil verificar quando a dignidade foi violada. Nos casos concretos, a mesma doutrina encontra terreno fértil para a chamada conceituação da dignidade a partir do rol de direitos que são violados. Tal situação não impede que os doutrinadores tentem construir conceitos, que eles próprios acham insuficientes, para determinar com clareza o que seja a dignidade da pessoa humana.

Ingo Sarlet desenvolve um conceito que aqui julgamos relevante transcrever, para uma melhor compreensão do tema abordado, salvo melhor juízo, ancorado no pensamento de Kant, de que a dignidade é:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano.[9]

É razoavelmente simples identificar a fundamentação das decisões judiciais, quando tratam da dignidade humana ou dignidade da pessoa humana como sendo decisões em bases kantianas, ou seja, a "dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como um fim, e não como um meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano."[10] Para os kantianos, a dignidade é aquilo que torna o ser humano uma pessoa humana, e nas palavras de Béatrice Maurer "[...] isso não pode ser questionado. Essa qualidade da pessoa faz com que o ser humano seja uma

---

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed, 2006. p 37.

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª ed. rev. e atual. 2009. p 40.

pessoa racional, então livre e autônoma, mas também, para alguns, tais como os personalistas, uma pessoa em relação."[11] Essa perspectiva apresentada pela doutrinadora francesa nos parece que encontra eco na dimensão relacional proposta por Jürgen Habermas e que de certa forma é objeto também das reflexões de Boaventura Souza Santos.

A visão kantiana da dignidade, contudo, não é unânime. Exemplos claros de oposição ao pensamento kantiano encontram-se em Schopenhauer – que considerava a fórmula kantiana "vazia de sentido"[12] –, Hegel, Lévi-Strauss e Skinner, dentre outros. Essas contrariedades, por não serem objeto do presente trabalho, não serão objeto de análise, mas consideramos oportuno deixar claro que existem e são fundamentadas. Tais posições divergentes, no âmbito filosófico e doutrinário, representam uma dificuldade de estabelecimento de um conceito universal e homogêneo, certamente em função dos contornos vagos e imprecisos do termo, a ponto de Theodor Heuss ter chamado a dignidade humana de uma "tese não interpretada."[13]

Parece-nos desnecessário fazer um inventário sobre como a dignidade das pessoas foi violada durante o tempo. O racismo, a tortura e o trabalho escravo são os exemplos mais evidentes, em nossa visão, de violação da dignidade da pessoa humana. Impõe-se, portanto, como marco temporal para este estudo, o século XX, notadamente o constitucionalismo do pós-guerra (leia-se Segunda Guerra mundial), período no qual se experimentou o mais sistemático e organizado esquema de violações do princípio da dignidade da pessoa humana.

---

[11] MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. In SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 68.

[12] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª ed. rev. e atual. 2009. p 40.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª ed. rev. e atual. 2009. p 44.

Ainda durante a Segunda Guerra mundial, em 1943, os sociais-democratas exilados em Londres e resistentes alemães já tencionavam elaborar uma Constituição, prevendo a queda do regime nacional-socialista. Dentre as discussões, uma das mais expressivas foi a que se referia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O legado do conflito, com a verificação de todos os horrores praticados, continua sendo, nas palavras de Theodor Heuss, parlamentar que viria a ser Presidente da República Federal da Alemanha, "o mais trágico e questionável paradoxo da História para cada um de nós, pelo fato de termos sido aniquilados e libertos ao mesmo tempo."[14]

Peter Häberle, por seu turno, informa que, em sede de direito internacional, a dignidade encontra-se normalmente nos preâmbulos e cita diversos estatutos posteriores ao conflito, tais como a Carta das Nações Unidas/1945, Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/1966, Estatuto da UNESCO/45, Convenção das Nações Unidas sobre Tortura/1984, Convenção sobre o Direito das Crianças/1989. Para Peter Häberle, esses textos apresentam uma dimensão programática da dignidade humana:

> [...] como reação aos horrores e violações perpetrados na Segunda Guerra Mundial é, nesses textos, digna de nota, mas também importa destacar a dimensão prospectiva da dignidade, apontando para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa.[15]

Diante desse histórico, brevemente aqui resumido, a Alemanha promulgou em 08 de maio de 1949 sua Constituição, lá chamada de Lei Fundamental, cujo artigo 1º diz, expressamente, que a dignidade das pessoas possui um conteúdo intangível, que não pode ser tocado. A infinidade de

---

[14] Discurso proferido no dia 08 de maio de 1949, no Conselho Parlamentar que aprovou a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

[15] HÄBERLE, Peter. **A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal**. In SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 91.

situações experimentadas com o período de guerra prolongada deu o entendimento aos legisladores constituintes alemães de que, ou se protege integralmente ou não se protege a dignidade.

O artigo 70, inciso III, da Lei Fundamental alemã, transformou em "cláusula pétrea" os princípios fundamentais, no qual se incluem a dignidade da pessoa humana e a concepção de Estado Democrático e Social de Direito, tornando-os indisponíveis a toda e qualquer alteração. Relevante, e pertinente, a lembrança de que vários legisladores constituintes alemães vivenciaram o ambiente de guerra, alguns deles inclusive o ambiente de duas guerras mundiais. A proteção da dignidade em face das violações encontra, em nosso sentir, uma fundamentação histórica e cultural muito forte. A coisificação, ainda que não se preste a abarcar toda a possibilidade de violações à dignidade (vide críticos), contempla uma grande parte delas. Nesse sentido, é importante ressaltar que o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha adota esse parâmetro de decisão, ou seja, considera a dignidade violada quando ocorre a coisificação do indivíduo. Isso ocorre na medida em que não se "define previamente o que deve ser protegido".[16] Dessa forma, a "concepção do homem-objeto [...], constitui justamente a antítese da dignidade da pessoa humana."[17]

Sem dúvida, o Poder Constituinte alemão (leia-se República Federal da Alemanha) foi singular, inclusive por ser a Alemanha, naquele momento, um país dividido e ocupado por força militar estrangeira. Esse conteúdo histórico faz-se necessário, pois conforme Ingo Sarlet, citando Bernard Edelman, "qualquer conceito, (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido."[18]

---

[16] SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.
[17] SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35.
[18] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3ª ed, p.29.

O professor e ex-Presidente da Corte Constitucional alemã, Ernst Benda, em seu artigo intitulado *O Espírito da Lei Fundamental* explica, de forma clara, que no Conselho Parlamentar, quando da elaboração da Lei Fundamental, houve muito ceticismo quanto à inclusão de um rol de direitos que seriam catalogados na lei. Tal ceticismo foi vencido quando:

> [...] firmou-se a convicção de que, considerando as experiências vividas no período de 1933 a 1945, o reconhecimento da crença na dignidade da pessoa humana deveria figurar logo no início da Lei Fundamental, de tal sorte a demarcar de forma inequívoca o contraste relativamente ao estado de injustiça anteriormente vigente.[19]

Importante registrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já continha no seu preâmbulo disposição referente à proteção do princípio da dignidade. Na esteira do texto constitucional alemão de 1949, outras constituições inseriram em seus ordenamentos jurídicos o princípio da dignidade da pessoa humana como fundador de suas escolhas políticas e sociais. Algumas constituições, a bem da verdade, inseriram-na como figura retórica, sobretudo nos países do leste e do oriente, razão pela qual adotamos uma abordagem ocidental da dignidade da pessoa humana, principalmente aquela transformada em fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, como abordaremos mais adiante.

A Constituição Portuguesa de 1976 também inscreveu, em seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana. Castanheira Neves, citado por Jorge Miranda, diz que:

> [...] a dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é membro de uma comunidade de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor

[19] BENDA, Ernst. **O Espírito da Lei Fundamental.** Interesse Público. – Ano 4, nº 14. Porto Alegre: Notadez, 2002.

> não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social.[20]

A Constituição da Espanha de 1978, de igual sorte, é exemplo claro de inscrição da dignidade da pessoa humana em lugar de relevo no texto. Os outros países anteriormente citados viveram igualmente sob o manto de regimes políticos não democráticos. Dessa forma, a ânsia por proteção era muito grande no momento em que o Poder Constituinte exercia seu papel.

Para melhor compreender o tema, consideramos necessário uma retomada da dignidade da pessoa humana enquanto princípio, haja vista a permanente discussão sobre princípios e regras. Inicialmente, nos filiamos à teoria de que os princípios são normas exigíveis e não apenas elevações do espírito, sugestões ou mandados de otimização. Atribuir ao princípio da dignidade da pessoa humana uma relevância menor seria simplesmente diminuir a importância de um dos princípios fundantes do Estado brasileiro. Fazemos essa afirmação, ancorados em Paulo Bonavides, considerando que os princípios "estão postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmo sendo normas, se tornam doravante, as normas supremas do ordenamento".[21] A atuação estatal através da Constituição, em um mundo dinâmico e globalizado, se impõe, pois conforme ensina Anabelle Macedo Silva:

> A concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe a todos os órgãos estatais e a toda a comunidade. Incluindo as atividades concretizadoras legislativas e administrativas, mas também a atividade concretizadora jurisdicional, tanto no campo dos direitos, de defesa como dos prestacionais, necessários à existência minimamente digna. A violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde, portanto, à violação ao

---

[20] MIRANDA, Jorge. **A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. – Ano 11, nº 45. São Paulo: RT, 2003.

[21] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.260.

> conteúdo em dignidade da pessoa, sujeita à reparação jurisdicional.[22]

Entendemos que a teoria kantiana, já exposta anteriormente, dialoga com o texto constitucional brasileiro, notadamente no que tange à igualdade. A igualdade entre os indivíduos opera de igual sorte no texto constitucional, pois segundo o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, caput:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos [...].

Consideramos, ainda, a igualdade como um dos elementos nucleares de qualquer discussão a respeito da dignidade da pessoa humana. É significativo o magistério de Robert Dahl, que, em nosso sentir, dialoga com a concepção kantiana exposta no início do texto, quando, a respeito da igualdade, diz que:

> Igualdade intrínseca abrange uma ideia tão fundamental sobre os méritos dos seres humanos, que está bem perto dos limites de maior justificação racional. Acontece com os julgamentos morais o mesmo que ocorre aos julgamentos concretos: buscando-se as raízes de qualquer afirmação, chegamos a limites, além dos quais nenhum argumento racional pode nos levar mais adiante.[23]

Outra referência à igualdade originária é encontrada na França de 1789, no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o qual diz que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos; as distinções sociais só podem ser baseadas na utilidade comum.”[24]

Sob outro ângulo, a ideia de igualdade de direitos se constitui em um objetivo. Ela se encontra referida em diversos textos constitucionais, dentre os

---

[22] SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 200.
[23] DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia.** Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001, p. 78.
[24] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Democracia Possível.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1979, p. 3.

quais citamos a Constituição da Espanha, que, nas palavras de Francisco Balaguer Callejón, bem descreve a situação:

> Pero la igualdad es um término que se encuentra muchas veces repetido en el texto constitucional. El artículo primero ya considera la igualdad como un valor superior del ordenamiento, junto a la justicia, la libertad, y el pluralismo político, lo que confiere ese carácter de valor constitucional que debe impregnar todo el ordenamiento jurídico.[25]

A ideia da igualdade ganha impulso com a mudança do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social. Nesse sentido, "[...] direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social"[26].

Mostra-se inegável a imbricação entre os direitos fundamentais e a dignidade humana. Ingo Sarlet, a partir das ideias desenvolvidas por Dominique Rousseau, diz que:

> [...] sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem — ainda que com intensidade variável — explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.[27]

A centralidade da discussão constitucional, na doutrina nacional, mostra-se bem apreendida pelo magistério de Paulo Gustavo Gonet Branco quando este diz que:

> O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm

---

[25] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Introducción al Derecho Constitucional.** Madrid: Tecnos, 2011, p. 533.

[26] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 107.

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª ed. rev. e atual. 2009. p 93.

> paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem ser resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.[28]

A inserção, pelo Poder Constituinte originário, da dignidade da pessoa humana como um dos marcos da República, na condição de "fundamento", é representativa dessa afirmação. A lição de José Afonso da Silva, abaixo transcrita, é relevante nesse particular:

> Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, numa valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é um apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda vida nacional.[29]

Essa alocação textual do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, denota uma "certa" vontade do legislador. Assim, conforme Cármen Lúcia Antunes Rocha, a "previsão no texto constitucional acaba por ser imprescindível, muito embora por si só não tenha o condão de assegurar o devido respeito e proteção à dignidade"[30]. Entendemos que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio totalmente aplicável, pois "[...] impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica [...] que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos [...].[31]

---

[28] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.
[29] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 40.
[30] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social.** Interesse Público, nº 4, p. 26. Porto Alegre: Notadez.
[31] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª ed. rev. e atual. 2009. p 120.

No Brasil, o legislador constituinte de 1988, em sintonia com os movimentos constitucionais pós-guerra e com as necessidades de um país que vivia a abertura política, que saía de um regime de exceção, inseriu em seu texto constitucional a proteção da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, inciso III, como fundamento da República, nos termos seguintes:

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> ...
> III - a dignidade da pessoa humana;
> ...

As discussões sobre temas constitucionais encontram-se, segundo Luís Roberto Barroso, "[...] potencializadas por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo ─ centralidade da ideia da dignidade humana e dos direitos fundamentais, [...]."[32]

Faz-se necessário, neste momento, uma pausa para tratar do tema Constituição e entender o que ela significa, apreendendo a relação que se estabelece entre o documento político e os objetivos nele inscritos. Um entendimento clássico e relevante é o de Hans Kelsen, para quem "a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito."[33] Outra mirada é a de Francisco Balaguer Callejón, para quem "la Constitución en cuanto fuente del Derecho es la norma que establece las condiciones de producción del resto de las normas y, en ese sentido, se configura como el centro del ordenamiento jurídico."[34]

A Constituição é o ordenamento jurídico fundamental da sociedade, mas ela não é apenas isso. Segundo Gilmar Mendes, a Constituição não é algo acabado, "não existe, pois, uma pretensão de completude do sistema constitucional. E é, exatamente, essa característica que empresta à

---

[32] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 109.
[33] KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 125.
[34] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Introducción al Derecho Constitucional**. Madrid: Tecnos, 2011, p. 174.

Constituição a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo.”**35** Esse estado permanente de desenvolvimento constitucional se constitui em um eixo com dois polos, um estável e sedimentado e outro dinâmico e em permanente construção. Essa possibilidade resta clara nas palavras de Gilmar Mendes, pois:

> Têm-se, assim, a um só tempo, rigidez e flexibilidade. E, segundo Hesse, o ponto decisivo situa-se, precisamente, na polaridade desses elementos. Não se trata de eleger alternativas, mas de coordenar esses momentos. Conciliam-se, assim, estabilidade e desenvolvimento, evitando-se, de um lado, a dissolução da ordem constitucional e, de outro, o congelamento da ordem jurídica.36

É importante destacar a imbricação existente entre Constituição e dignidade humana, visto que a abertura interpretativa é inerente a um texto com tantas expressões de contornos vagos e imprecisos. A confecção das Constituições, durante o tempo, sofreu os influxos e aportes da teoria democrática, certamente apoiada na teoria da igualdade, pois, ainda segundo Konrad Hesse, sob a pena de Gilmar Mendes:

> A Constituição escrita não se limita a estabelecer os baldrames da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e garantia da liberdade. Não se trata, à evidência, de um sistema isento de lacunas. E, de certo modo, é a ausência de regulamentação minudente que assegura a abertura constitucional (Offenheit) necessária ao amplo desenvolvimento do processo político.37

Podemos já compreender o que seja uma Constituição no que ela encerra de estabilidade, enquanto dialoga com o dinâmico processo social e

---

[35] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1092.
[36] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1093.
[37] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1093.

político em que está inserida. Dessa forma, mostra-se relevante o papel da interpretação constitucional que, segundo Konrad Hesse, deve estar subordinada ao "princípio da ótima concretização da norma [...]. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual."38 No texto constitucional brasileiro, promulgado em 05 de outubro de 1988, a tessitura aberta já pode ser percebida no Preâmbulo, em que se lê o seguinte:

> Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...] promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

No título I do texto constitucional brasileiro de 1988, que trata dos princípios fundamentais, está expressa a vontade do legislador constituinte, no primeiro artigo, em constituir o Estado pela forma democrática. Dentre outros fundamentos, destaca-se o do pluralismo político (que pressupõe certa ideia de igualdade), constante do inciso V. Abaixo transcrevemos o referido artigo:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
> (...)
> V – o pluralismo político.
> *Parágrafo único:* Todo o poder emana do povo, que o exerce por meios de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Desse modo, consideramos que a evolução da concepção da ideia de Constituição ao longo do tempo se encontra bem representada pelo atual texto constitucional brasileiro, haja vista que ele foi produto, também, de um

---

[38] HESSE, Konrad. Hermenêutica Constitucional. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 22.

ambiente político e constitucional democrático, vivenciado em outras partes do mundo, no mesmo momento histórico.

Ainda que não se pretenda aqui, como já dito anteriormente, inventariar a infinidade de situações que podem ser apresentadas como violadoras da dignidade da pessoa humana, é relevante elencar alguns dos julgados do Supremo Tribunal Federal que abordaram o tema desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

É necessário, de antemão, lembrar que o princípio da dignidade humana está em permanente estado de construção e transformação. Funciona como base dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, os quais, nas palavras de Pasqualini, "se relacionam de modo indissociável em qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática, como aquela almejada pelo constituinte de 1988."[39]

Enquanto que na abordagem dos direitos fundamentais de primeira geração, identificamos uma preocupação com a dignidade individual do ser humano, na abordagem dos direitos fundamentais de segunda geração, constatamos a existência de uma preocupação com a sociedade. Nesse sentido, "[...] surge uma nova dimensão dos direitos fundamentais a ser tutelada, relacionada à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, considerando o ser humano enquanto gênero, e não apenas como indivíduo".[40] Essa dimensão social da dignidade também é pensada pelo Prof. José Afonso da Silva, que diz que não se pode "[...] reduzi[r] o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir a teoria do núcleo da personalidade individual".[41]

---

[39] PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema jurídico: uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P 80-81.
[40] COCURUTTO, Aílton. **Os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 32.
[41] SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 40.

Concretamente, escolhermos, como representativo da teoria da dignidade violada ou coisificação do homem, o Habeas Corpus nº 82424/RS, julgado pelo Tribunal Pleno, em 17 de setembro de 2003, por considerarmos exemplificativo da visão do STF quanto à questão do racismo, coadunando-se com a teoria anteriormente exposta. Abaixo, transcrevemos a ementa do referido Habeas Corpus:

> HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º,XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento

infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas

> de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

Esse julgamento é histórico. E aqui se atribui ao termo “histórico” um sentido não retórico, mas de relevância acima do normal, pois as palavras contidas na ementa, ainda que não representativas da integralidade, abarcam grande parte da teoria da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, e sem nenhuma presunção de esgotar o tema, parece-nos, neste momento, desnecessário qualquer outro esclarecimento acerca do que poderia ser suscitado sobre a relevância do tema racismo para a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro tema relevante que se relaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana é o tema da tortura, que consta do artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal, o qual afirma que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento degradante. Ainda que não pretendamos fazer uma conceituação doutrinária sobre o conceito de tortura, sabe-se que tal praga se alastra na clandestinidade, transformando o ser humano em tudo aquilo que a doutrina kantiana combatia, ou seja, em um objeto. Nesse sentido, torna-se claro que a evolução moral da humanidade é tributária de uma efetiva mudança na

consciência social, para evitar-se "o contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações."[42]

Abaixo, colacionamos jurisprudência do STF, HC 70.389/SP, julgada pelo Tribunal Pleno, em 23/06/1994, representativa do crime de tortura e da imbricação deste com a dignidade da pessoa humana.

> E M E N T A: TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE -EXISTÊNCIA JURÍDICA DESSE CRIME NO DIREITO PENAL POSITIVO BRASILEIRO- NECESSIDADE DE SUA REPRESSÃO - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SUBSCRITAS PELO BRASIL - PREVISÃO TÍPICA CONSTANTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90, ART. 233) - CONFIRMAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DESSA NORMA DE TIPIFICAÇÃO PENAL - DELITO IMPUTADO A POLICIAIS MILITARES - INFRAÇÃO PENAL QUE NÃO SE QUALIFICA COMO CRIME MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO -PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. PREVISÃO LEGAL DO CRIME DE TORTURA CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE - OBSERVÂNCIA DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA TIPICIDADE.- O crime de tortura, desde que praticado contra criança ou adolescente, constitui entidade delituosa autônoma cuja previsão típica encontra fundamento jurídico no art. 233 da Lei nº 8.069/90. Trata-se de preceito normativo que encerra tipo penal aberto suscetível de integração pelo magistrado, eis que o delito detortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela inflição de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade.- A norma inscrita no art. 233 da Lei nº 8.069/90, ao definir o crime de tortura contra a criança e o adolescente, ajusta-se, com extrema fidelidade, ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos (CF, art. 5º, XXXIX). A TORTURA COMO PRÁTICA INACEITÁVEL DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA. A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem,

[42] SANTOS, Nivaldo dos. GARCIA, Thaís Aurélia. **O Tratamento Constitucional da Tortura e a Violação da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista da Faculdade de Direito da UFG. V.32, nº2, jul/dez.2008.

> na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva- um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. NECESSIDADE DE REPRESSÃO À TORTURA - CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.- O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969). Mais do que isso, o legislador brasileiro, ao conferir expressão típica a essa modalidade de infração delituosa, deu aplicação efetiva ao texto da Constituição Federal que impõe ao Poder Público a obrigação de proteger os menores contra toda a forma de violência, crueldade e opressão (art. 227, caput, in fine).TORTURA CONTRA MENOR PRATICADA POR POLICIAL MILITAR -COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO-MEMBRO.- O policial militar que, a pretexto de exercer atividade de repressão criminal em nome do Estado, inflige, mediante desempenho funcional abusivo, danos físicos a menor eventualmente sujeito ao seu poder de coerção, valendo-se desse meio executivo para intimidá-lo e coagi-lo à confissão de determinado delito, pratica, inequivocamente, o crime de tortura, tal como tipificado pelo art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, expondo-se, em função desse comportamento arbitrário, a todas as conseqüências jurídicas que decorrem da Lei nº 8.072/90 (art. 2º), editada com fundamento no art. 5º, XLIII, da Constituição.- O crime de tortura contra criança ou adolescente, cuja prática absorve o delito de lesões corporais leves, submete-se à competência da Justiça comum do Estado-membro, eis que esse ilícito penal, por não guardar correspondência típica com qualquer dos comportamentos previstos pelo Código Penal Militar, refoge à esfera de atribuições da Justiça Militar estadual.

Um terceiro tema, que consideramos relevante para a compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, é o que diz respeito ao trabalho escravo. No período compreendido entre as duas grandes guerras mundiais, esse “instituto” se generalizou de tal forma que grandes empresas se utilizaram

de mão-de-obra escrava. Nesta altura da reflexão, considerando a dificuldade que a doutrina tem de efetuar uma conceituação precisa, optamos pelo caminho já trilhado pela maioria dos doutrinadores, isto é, a abordagem através dos direitos violados. Ilustrativa é, pois, a abordagem feita por Rodrigo Schwarz, que define "a escravidão contemporânea como a condição subalterna do trabalhador privado da liberdade por meio de coação, derivada das assimétricas relações de trabalho de nossa época."[43]

Colacionamos, novamente, jurisprudência do STF sobre caso concreto de violação à dignidade humana, notadamente a redução à condição análoga à de escravo. Trata-se do RE 541627/PA, julgado pela Segunda Turma em 14/10/2008, explicativa por si só e que muito bem destaca o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana sob o prisma do direito brasileiro:

> DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIMES DE REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO, DE EXPOSIÇÃO DA VIDA E SAÚDE DESTES TRABALHADORES A PERIGO, DE FRUSTRAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS E OMISSÃO DE DADOS NA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. SUPOSTOS CRIMES CONEXOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO. 1. O recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal abrange a questão da competência da justiça federal para os crimes de redução de trabalhadores à condição análoga à de escravo, de exposição da vida e saúde dos referidos trabalhadores a perigo, da frustração de seus direitos trabalhistas e de omissão de dados nas suas carteiras de trabalho e previdência social, e outros crimes supostamente conexos. 2. Relativamente aos pressupostos de admissibilidade do extraordinário, na parte referente à alegada competência da justiça federal para conhecer e julgar os crimes supostamente conexos às infrações de interesse da União, bem como o crime contra a Previdência Social (CP, art. 337-A), as questões suscitadas pelo recorrente demandariam o exame da normativa infraconstitucional (CPP, arts. 76, 78 e 79; CP, art. 337-A). 3. Desse modo, não há possibilidade de

[43] SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Trabalho Escravo, A Abolição Necessária. Uma Análise da Efetividade e da Eficácia das Políticas de Combate à Escravidão Contemporânea no Brasil**. São Paulo: LTr. 2008, p. 11.

> conhecimento de parte do recurso extraordinário interposto devido à natureza infraconstitucional das questões. 4. O acórdão recorrido manteve a decisão do juiz federal que declarou a incompetência da justiça federal para processar e julgar o crime de redução à condição análoga à de escravo, o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista, o crime de omissão de dados da Carteira de Trabalho e Previdência Social e o crime de exposição da vida e saúde de trabalhadores a perigo. No caso, entendeu-se que não se trata de crimes contra a organização do trabalho, mas contra determinados trabalhadores, o que não atrai a competência da Justiça federal. 5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 398.041 (rel. Min. Joaquim Barbosa, sessão de 30.11.2006), fixou a competência da Justiça federal para julgar os crimes de redução à condição análoga à de escravo, por entender "que quaisquer condutas que violem não só o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também o homem trabalhador, atingindo-o nas esferas em que a Constituição lhe confere proteção máxima, enquadram-se na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto de relações de trabalho" (Informativo no 450). 6. As condutas atribuídas aos recorridos, em tese, violam bens jurídicos que extrapolam os limites da liberdade individual e da saúde dos trabalhadores reduzidos à condição análoga à de escravos, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade do trabalho. Entre os precedentes nesse sentido, refiro-me ao RE 480.138/RR, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 24.04.2008; RE 508.717/PA, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 11.04.2007. 7. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Retomando a ideia dos princípios e considerando que o princípio é uma espécie de norma, concordamos com o ensinamento de Luís Roberto Barroso, segundo o qual:

> [...] Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo uma leitura moral do Direito.[44]

---

[44] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 226/227.

Complementa o mesmo autor, dizendo que “[...] no ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformaram na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico.”[45]

A questão da vinculatividade, já abordada a partir do ensinamento de Paulo Gustavo Gonet Branco, é igualmente objeto de reflexão para Peter Häberle, que exemplifica, com o advento da Lei Fundamental de 1949, “a transição da discussão de um valor sobretudo filosófico-teológico para a de textos juridicamente vinculativos e sua interpretação.”[46] Béatrice Maurer, por sua vez, amparada em decisões do Conselho Constitucional Francês, diz que o conceito de dignidade, inserido nas disposições de direito positivo, é mais que “apenas” um princípio, ou seja,

> [...] não é mais, portanto, apenas um princípio de filosofia moral fundador, mas também um princípio jurídico. A dignidade da pessoa humana deve ser assim respeitada tanto como princípio moral essencial como enquanto disposição de direito positivo. Respeitar a dignidade do homem exige obrigações positivas.[47]

De forma resumida, exemplificamos a posição da dignidade da pessoa humana, no texto constitucional e no constitucionalismo que atualmente vivenciamos, a partir do ensinamento de Ingo Sarlet, quando este diz que:

> [...] verifica-se que o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra a dignidade da pessoa humana (no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípios e regra (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é,

---

[45] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 341.

[46] HÄBERLE, Peter. **A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal**. In SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 116.

[47] MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. In SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 86.

> norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de direitos fundamentais.[48]

Quanto à universalidade de um conceito sobre a dignidade da pessoa humana, composta por assimetrias culturais e históricas, cremos ser totalmente adequada a lição de Ingo Sarlet, amparado em Boaventura Souza Santos, quando diz que:

> [...] o conceito corrente de direitos humanos e a própria noção de dignidade da pessoa humana assentam num conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, quando, em verdade, todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, muito embora nem todas elas a concebam em termos de direitos humanos, razão pela qual se impõe o estabelecimento de um direito intercultural, no sentido de uma troca permanente entre diferentes culturas e saberes [...][49]

Mais uma vez nos socorremos de Peter Häberle, que, em certa medida, comunga da ideia, com Boaventura Souza Santos, ao dizer que "conceitos de dignidade não são mais hoje desenvolvidos apenas no interior de uma sociedade, de uma cultura; eles também se orientam e se desenvolvem por meio de intercâmbios com outras culturas."[50]

Trata-se, por tanto, de um tema para o qual seria prematura qualquer manifestação conclusiva. Não há, porém, como negar que hoje vivemos, como disse Norberto Bobbio, a era dos direitos. Não apenas a era dos direitos declarados, mas a era dos direitos garantidos. Nessa perspectiva, segundo Béatrice Maurer, o "conceito de dignidade é muito promissor. Ele aparece extremamente dinâmico e rico em potencialidades. O conceito de dignidade mais amplo que o de liberdade poderia, de fato, servir de motor à interpretação

---

[48] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª ed. rev. e atual. 2009. p 76/77.
[49] SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.
[50] HÄBERLE, Peter. **A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal**. In SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 127.

do direito."[51] Por tudo quanto foi escrito acima, e de forma prospetiva, consideramos totalmente adequadas e conformadas ao tema as palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha quando diz que cabe ao Poder Judiciário "a tarefa de oferecer respostas concretas e historicamente engajadas às questões que lhe são postas em condições históricas definidas e experimentadas."[52]

Não nos furtaremos, entretanto, de estabelecer uma consideração final que, na falta de melhor fundamentação, se embasará naquilo que Martin Heidegger chamou, referindo-se ao ser humano, de estado de "permanente inacabamento". A dignidade da pessoa humana parece revestir-se dessa característica de permanente inacabamento, ainda que haja uma grande discussão doutrinária acerca do que seja, efetivamente, um conceito universalmente aceito. Consideramos, por fim, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é exigível, a qualquer tempo, pois constitui fundamento das escolhas do Poder Constituinte. Em sendo assim, cremos ter atendido ao apelo de Friedrich von Schiller, mantendo viva a discussão e conservando, para os que vierem depois de nós, a dignidade humana que foi posta em nossas mãos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

BENDA, Ernst. O Espírito da Lei Fundamental. Interesse Público. – Ano 4, nº 14. Porto Alegre: Notadez, 2002.

---

[51] MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. In SARLET, Ingo Wolfgang. org. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 79.

[52] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Constitucionalismo Contemporâneo e a Instrumentalização para a Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Revista Trimestral de Direito Público, V. 16, p 55.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Introducción al Derecho Constitucional. Madrid: Tecnos. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COCURUTTO, Aílton. Os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

DAHL, Robert A. Sobre a Democracia. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Democracia Possível. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1979.

HESSE, Konrad. Hermenêutica Constitucional. A Força Normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1991.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos; conforme Caio Tácito, do Estado Liberal ao Estado do Bem-Estar Social. Temas de Direito Público. São Paulo: Renovar, 1997.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

MIRANDA. Jorge. A Constituição Portuguesa e a Dignidade da Pessoa Humana. Revista de Direito Constitucional e Internacional. – Ano 11, nº 45. São Paulo: RT, 2003.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e Sistema jurídico: uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Interesse Público, nº 4. Porto Alegre: Notadez.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo Contemporâneo e a Instrumentalização para a Eficácia dos Direitos Fundamentais. Revista Trimestral de Direito Público, V. 16.

SANTOS. Nivaldo dos. GARCIA. Thaís Aurélia. O Tratamento Constitucional da Tortura e a Violação da Dignidade da Pessoa Humana. Revista da Faculdade de Direito da UFG. V.32, nº2, jul/dez.2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 7ª ed. rev. e atual. 2009.

SCHWARZ. Rodrigo Garcia. Trabalho Escravo, A Abolição Necessária. Uma Análise da Efetividade e da Eficácia das Políticas de Combate à Escravidão Contemporânea no Brasil. São Paulo: LTr. 2008.

SILVA, Anabelle Macedo. Concretizando a Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

Discurso proferido no dia 08 de maio de 1949, no Conselho Parlamentar que aprovou a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

A DIGNIDADE HUMANA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A FUNDAMENTAÇÃO DE CASOS DE DIREITO PRIVADO

Adriana da Fontoura Alves[53]

10.11117/9788565604222.02

INTRODUÇÃO

Os princípios e a racionalidade da tradição do Direito Privado contemporâneo estão alicerçados em influências oriundas da Revolução Francesa, da Escola Histórica alemã e do movimento pandectista, desenvolvidas de forma complementar, ao longo do século XIX.[54]

Todavia, hodiernamente, a tradição do *civil law* tem sido significativamente contestada e, no Brasil, são evidentes movimentos como o ativismo judicial, a crítica à teoria da separação dos poderes e o neoconstitucionalismo, ao lado do realismo jurídico, do *Law and Economics* e das teorias da argumentação a desafiar o paradigma da legalidade, tão característico das decisões dos magistrados, no âmbito do Direito Civil.[55]

Em tal contexto, a chamada constitucionalização do Direito Privado cada vez mais frequentemente tem ensejado a utilização de novos fatores de correção para as normas erigidas, por vezes, com um viés de precariedade na diferenciação das várias premissas necessárias ao processo de fundamentação das decisões judiciais.[56]

---

[53] Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogada. Médica neurologista e intensivista. Analista de Saúde lotada na Promotoria de Defesa da Saúde do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *E-mail*: afa.65@uol.com.br

[54] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, ano 143º, II, p. 43-66, 2011. p. 43-44.

[55] Ibid., p. 44-45.

[56] ALEXY, Robert. **A theory of legal argumentation:** the theory of rational discourse as theory of legal justification. New York: Oxford University Press, 2011. p. 22.

É sob essa perspectiva que o presente estudo abordará a problemática do princípio da dignidade humana como fundamentação dos casos de Direito Privado levados ao Supremo Tribunal Federal (STF), considerando-se que sua conceituação, elaborada por meio da tópica, é foco de grande controvérsia.[57]

1. CONCEITUAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Na antiguidade clássica, o pensamento filosófico dominante traduzia uma noção de "quantificação" da dignidade humana, no sentido da existência de pessoas mais ou menos dignas, conforme sua posição social e o grau de reconhecimento pelos demais membros da sociedade.[58]

Entretanto, os estoicos já entendiam a dignidade humana como inerente aos seres humanos, de forma igualitária e intimamente ligada à concepção de liberdade pessoal.[59]

Ingo Wolfgang Sarlet descreve que coube a São Tomás de Aquino, no Medievo, formular o conceito de pessoa, como "substância individual de natureza racional", o qual influenciou a noção contemporânea de dignidade humana.[60]

E foi na obra renascentista de Pico della Mirandola – *Discurso sobre a dignidade do homem* -, publicada em 1486, que a ideia central do princípio da dignidade humana emergiu vinculado à liberdade, como precursora da modernidade.[61]

Em nossos dias, é evidente o desacordo envolvendo o conteúdo da expressão "dignidade humana" que, tomada em si, é um "conceito jurídico

---

[57] MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In. MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 20.

[58] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.

[59] Ibid.

[60] Ibid., p. 31.

[61] MIRANDOLA, Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Porto: Areal Editores, 2005. p. 32.

indeterminado". A concepção dominante é a "insular", fundada no "homem como razão e vontade", levando ao entendimento da dignidade humana tão somente como autonomia individual.[62]

Todavia, como princípio jurídico, a dignidade humana tem sido estendida a preceitos de integridade física e psíquica das pessoas, envolvendo a indispensável necessidade de "pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida" e aspectos de igualdade entre as pessoas.[63]

Sob tal perspectiva, observa-se que o direito busca uma aproximação com as ideias de Kant, valorizando o ser humano como fim e não como meio, com um valor intrínseco absoluto, contrapondo a concepção de dignidade à de coisa, com um preço ou valor equivalente.[64]

Neste compasso, deve-se notar que Kant converge definindo que o fundamento da dignidade humana é a autonomia - *autos* (próprio) + *nomos* (lei) -, ao expressar que "a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins".[65]

Assim, não obstante a dignidade humana ser "algo real", na medida em que, em geral, não há dificuldades em se identificar as situações em que ela é "espezinhada ou agredida", a doutrina contemporânea é recorrente em destacar seus "contornos vagos e imprecisos", bem como a "ambiguidade e porosidade" daquilo que assim se caracteriza, associada à sua "natureza necessariamente polissêmica", salientando que Theodor Heuss, referiu-se à dignidade humana como uma "tese não interpretada".[66]

---

[62] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, n. 53, p. 90-101, mar. / mai. 2002. p. 91.
[63] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 100.
[64] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Traduzido por Leopoldo Gianfardoni. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 65.
[65] Ibid., p. 65-66.
[66] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 41-42.

Em tal sentido é ilustrativo o paralelo entre as descrições de Ingo Wolfgang Sarlet, desenvolvendo a concepção da dignidade humana. Inicialmente, a colocação é em sentido negativo:[67]

> (...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio ou injustiças.

A seguir, em sentido afirmativo, registra Ingo Wolfgang Sarlet:[68]

> (...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Torna-se evidente a formatação de uma imagem em espelho entre ambas as caracterizações, gerando um sentido circular na busca por uma definição sistemática da dignidade humana.

Se por um lado, é descrito onde não está presente a dignidade humana, por outro, em simétrica oposição, é dito onde ela pode ser evidenciada, enquanto o conceito em si próprio, como forma de consciência intelectiva[69], é objeto de esquiva, do ponto de vista da essência de seu conteúdo. Assim, o que se observa são, meramente, caracterizações descritivas acerca de

---

[67] Ibid., p. 62.

[68] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 63.

[69] ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: pensamento formal e argumentação. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 45.

propriedades da expressão dignidade humana, consignadas através de circunlóquios.

2. CIENTIFICIDADE E PRINCIPIALISMO

Segundo Robert Alexy, no contexto de uma teoria da argumentação jurídica, a delimitação da tópica aponta na busca de enunciados plausíveis, mas não demonstrados como verdadeiros, excessivamente gerais, na medida em que não diferenciam suficientemente as premissas que são utilizadas nas fundamentações jurídicas.[70]

Considerando a fluidez e, até mesmo, a tautologia das definições atinentes à dignidade humana, torna-se pertinente uma análise mais aprofundada acerca da cientificidade da situação conceitual envolvida.

Segundo Umberto Eco, dentre outros requisitos, um estudo é dito científico quando se debruça sobre um "objeto reconhecível e definido de tal maneira que seja reconhecível igualmente pelos outros".[71]

Neste sentido, é que somente um conhecimento que pode ser submetido à prova e compreendido por todos é considerado "objetivo".[72]

Ou, ainda no pensamento de Kant[73]: "se algo for válido, para todos os que estejam na posse da razão, seus fundamentos serão objetivos e suficientes".

A cientificidade, portanto, deve encerrar a ideia da possibilidade de replicação do enunciado, em virtude da força de sua regularidade, evitando-se a interpretação simplesmente associada a uma "coincidência" isolada.[74]

---

[70] ALEXY, Robert. Op. cit., p. 20-23.

[71] ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. Traduzido por Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2012. 24. ed. p. 21.

[72] KANT, Immanuel. Critique of pure reason: The transcendental doutrine of method. cap. II, sec. 3, p. 645 apud POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Traduzido por Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 46.

[73] KANT, Immanuel apud POPPER, Karl. Op. cit., p. 46.

[74] POPPER, Karl. Op. cit., p. 47.

Nesse sentido, Arnaldo Vasconcelos descreve que, no século XX, a "exatidão de resultados" e a pretensão de "resolver todos os problemas do homem" ficaram restritas às ciências naturais, pois nas ciências sociais, "sendo o homem ao mesmo tempo autor e ator, era impraticável a plena objetividade e a completa isenção", mas ressalta que mesmo a dita "invulnerabilidade" das ciências exatas foi surpreendida pelos "princípios da incerteza (Heisenberg)", da "tolerância (Bronowski)" e da "indeterminação (Eddington)". Assim, o autor afirma que "não existem, como até a pouco se acreditou, objetos que por natureza sejam científicos e outros, não-científicos" e "já não há, pois, como colocar-se a indagação acerca da cientificidade do Direito", já que "tudo, tudo mesmo, sem exceção, pode ser estudado cientificamente".[75]

Miguel Reale[76] esclarece que as ciências sociais não são destituídas de certeza e que esta é obtida através da coordenação lógica das proposições formuladas e, citando Ernest Cassirer[77], acrescenta que a "ciência do Direito pertence às disciplinas que não dependem de experiências, mas de definições; não de fatos, mas de demonstrações rigorosamente lógicas".

Todavia, em contraste à ideia desta objetividade científica, Antônio Junqueira de Azevedo expõe que o conceito jurídico de dignidade humana é indeterminado: quando utilizada em norma constitucional, é princípio jurídico, conforme está posto na Constituição Federal de 1988.[78]

E Robert Alexy define que princípios jurídicos são, tão somente, "mandamentos de otimização", no sentido de que são normas que determinam que "algo seja realizado em uma medida, tão alta quanto possível", diferentemente das regras, que são "mandamentos definitivos".[79]

---

[75] VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43-44.
[76] REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 82-83.
[77] CASSIRER, Ernest. Filosofía de la ilustratión. Traduzido por Eugênio Imaz. México, 1943. p. 26 e segs. apud REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 99.
[78] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit. p. 91.
[79] ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso:** estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 180.

Lenio Luiz Streck leciona que os princípios, enquanto servem ao fim de concretizar essa discricionariedade judicial, na medida em que são "a manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento legal"[80], simultaneamente, "guardam a dimensão de transcendentalidade no direito".[81] O autor adverte que se costuma anunciar os princípios constitucionais como "positivação de valores", como se da "pedra filosofal da legitimidade principiológica" fosse possível "retirar tantos princípios quantos necessários".[82] E acrescenta que uma parcela significativa desses princípios "é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, (...) um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional".[83]

Na sequência, citando como exemplo o "princípio da paternidade responsável", Lenio Luiz Streck caracteriza sua inutilidade, na medida em que o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil substituem, com vantagens, seu conteúdo fragilizado pela retórica e falta de critérios para sua definição, inerente à principiologia.[84]

Neste sentido, sobre a dignidade humana, Otavio Luiz Rodrigues Junior, utilizando-se da expressão "principiolatria", sobreposta ao fenômeno do "panprincipiologismo", assim designado por Lenio Luiz Streck, demonstra "sua banalização e seu emprego como reforço argumentativo", através de ilustrativo levantamento com dados empíricos da jurisprudência, acerca da invocação deste princípio:[85]

> Em pesquisa realizada apenas em um periódico jurídico, a Revista dos Tribunais, compreensiva dos anos de 1995-2010, coletaram-se duzentos e dezessete acórdãos nos quais a expressão "dignidade humana" é encontrada como fundamento da decisão adotada pelos seguintes tribunais, com os

---

[80] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 516.
[81] Ibid., p. 567.
[82] STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 518.
[83] Ibid., p. 538
[84] Ibid., p. 530-535.
[85] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Op. cit. p. 61-63.

> respectivos quantitativos de acórdãos: 1) STF (23 ac.); 2) STJ (25 ac.); 3) TRF 1.ª Região (4 ac.); 4) TRF‑2.ª Região (4 ac.); 5) TRF‑3.ª Região (2 ac.); 6) TRF‑4.ª Região (6 ac.); 7) TRF‑5.ª Região (2 ac.); 8) TJA C (3 ac.); 9) TJAP (4 ac.); 10) TJDF (8 ac.); 11) TJES (2 ac.); 12) TJGO (3 ac.); 13) TJ MA (1 ac.); 14) TJ MT (3 ac.); 15) TJ MS (6 ac.); 16) TJMG (10 ac.); 17) TJPA (4 ac.); 18) TJPB (1 ac.); 19) TJPR (5 ac.); 20) TJPE (1 ac.); 21) TJPI (3 ac.); 22) TJRN (5 ac.); 23) TJRS (7 ac.); 24) TJRO (5 ac.); 25) TJSC (5 ac.); 26) TJSP (48 ac.); 27) TJMSP (1 ac.); 28) TA MG (5 ac.); 29) TAPR (1 ac.); 30) TARJ (1 ac.); 31) TARS (1 ac.); 32) TA CrimSP (10 ac.); 33) 1.º TA CivSP (6 ac.); 34) 2.º TA CivSP (2 ac.).
> O objeto desses julgados é também muito diversificado: a) saúde; b) relações de trabalho; c) *habeas corpus*; c) mensuração da pena; d) liberdade; e) direitos fundamentais; f) ordem pública; g) descumprimento de preceito fundamental; h) jurisdição e competência; i) violência contra a mulher; j) prisão preventiva; k) ampla defesa e contraditório.

Assim, deve-se salientar que a regra “encobre” um princípio que, por sua vez, somente se realiza a partir de uma regra.[86] Portanto, utilizar-se diretamente do princípio para resolver um caso concreto seria fazer “raciocínios teleológicos”: deve-se buscar uma regra adequada para resolver “aquele” caso, “a partir de uma reconstrução principiológica”.[87]

Partindo de tais premissas, torna-se inevitável a percepção de que a não observância de certa sistematização dos conceitos associados a “valores jurídicos” pode gerar decisões verdadeiramente teratológicas no cotidiano dos tribunais, ao ampliar de forma desmedida e desarrazoada o universo de discricionariedade do julgador.

Luís Roberto Barroso - um neoconstitucionalista - observa que onde houver uma “regra válida e descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia”, a fim de evitarem-se problemas de tutela de “valores como segurança e justiça”, ou ameaçar a

---

[86] Ibid., p. 568.
[87] Ibid., p. 573.

"legitimidade da função judicial", na medida em que os princípios tendem à vagueza e abertura de conteúdo. E conclui: "A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em Estado democrático de direito".[88]

Neste passo, a constitucionalização excessiva, fundamentada na evocação de uma multiplicidade de princípios, ao privilegiar conceitos indeterminados, sob uma perspectiva dita científica, pode ensejar um espectro muito amplo de possibilidades, no tocante a interpretações nos mais diversos e indiscriminados sentidos.

Portanto, resta claro que tal modo de aplicar o direito pode gerar consequências negativas, seja por esvaziar o "poder das maiorias", ao eclipsar a legislação ordinária, ou mesmo por robustecer o decisionismo judicial, sustentado por normas de textura aberta.[89]

3. A DIGNIDADE HUMANA EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS DIVERSOS

Nas palavras de José Oliveira Ascensão, a pessoa "é a âncora da fundamentação da ordem jurídica", confere a "legitimação do Direito", irradiando "os grandes traços da expressão jurídica das pessoas e do lugar que ocupam na sociedade".[90]

Nada obstante a expressão dignidade humana ser utilizada de forma cada vez mais frequente em contextos políticos e legais contemporâneos e, nas palavras de Jeremy Waldron[91], que ela tem na lei seu "*habitat* natural" e expressa a equidade entre as pessoas, intimamente relacionada à ideia de direitos, não é possível encontrar para ela uma definição explícita, em nenhum

---

[88] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 392.
[89] Ibid. p. 391.
[90] ASCENSÃO, José Oliveira. **O "Fundamento do Direito"**: entre o Direito natural e a dignidade da pessoa. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 52, n. 1 e 2. p. 17.
[91] WALDRON, Jeremy. **Dignity, rank, and rights**. New York: Oxford University Press, 2012. Kindle edition.

diploma legal nacional ou internacional, e seu significado intrínseco tem sido deixado à compreensão intuitiva, em larga medida, condicionada a fatores culturais.[92]

A dignidade humana ocupa papel central em dois documentos dos anos 1940: a Declaração Universal dos Direitos Humanos – Organização das Nações Unidas (1948) e a *Grundgesetz* da República Federal da Alemanha. A primeira sentença da Declaração Universal assim expressa: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, enquanto o artigo 1º da *Grundgesetz* declara: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todo poder estatal. (...)”.[93]

Resta evidente, portanto, sob o prisma jurídico, a importância da primazia da pessoa, fundada na dignidade humana, como resposta à crise do positivismo emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.[94]

Simultaneamente, observa-se, nas Constituições latino-americanas promulgadas ao longo do processo de democratização política, a abertura a princípios de elevada carga axiológica, com destaque para a incorporação do valor da dignidade humana, com a previsão inédita em nosso ordenamento, até a Constituição Federal de 1988.[95]

A esta altura cabe um registro acerca dos chamados direitos da personalidade, na medida em que a hodierna doutrina portuguesa os define como fundamentais do homem, em decorrência de sua própria natureza.[96]

Na lição de José Oliveira Ascensão, “o Direito Civil é para nós o Direito Comum do Homem Comum: é aquele de que todas as pessoas participam pela

---

[92] SCHACHTER, Oscar. Human dignity as a normative concept. American Journal of International Law. v. 77, p. 848-854, 1983, p. 849 apud WALDRON, Jeremy. **Op. cit**.
[93] ROSEN, Michel. **Dignity:** its history and meaning. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 2.
[94] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, v. 833, p. 41-54. mar. 2005. p. 44.
[95] Ibid. p. 41
[96] MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Op. cit., p. 13.

simples circunstância de serem pessoas"[97] e os direitos da personalidade são objeto "mais próprio" das leis civis e "só o Direito Civil pode atender à pessoa em si, sem desvios derivados de preocupações diversas", e neste campo é que foi consagrada a "eminente dignidade humana", como fundamento da ordem jurídica.[98]

Neste contexto, inclusive considerando que a proteção da pessoa pelo Direito precede qualquer concepção de Constituição, o estatuto do Direito Privado brasileiro "possui os elementos adequados à conformação normativa dos principais casos", sem que seja necessária a "invocação imediata da dignidade humana".[99]

Em paralelo a tal desnecessidade, é importante destacar os eventuais efeitos colaterais deletérios associados à sua utilização inapropriada. Tal situação é bem exemplificada na lição de Jacob Dolinger, quando se refere à existência de decisões do Superior Tribunal de Justiça que, utilizando como fundamento, de forma "pervertida", o princípio da dignidade humana, em detrimento da própria lei, tem mantido em território brasileiro "criminosos estrangeiros, prejudiciais a nosso país e à sua segurança, onde a soberania nacional deveria ser invocada para impedir sua permanência em nosso território e agilizar sua expulsão".[100]

Dessa forma, nota-se que o emprego descuidado da dimensão da dignidade humana, em casos jurídicos concretos, pode gerar inadequações e incoerências potencialmente desastrosas e ameaçadoras ao próprio Estado democrático de direito.

No mesmo sentido, a invocação da dignidade humana de forma generalista e irrefletida pode ensejar evidentes paradoxos como, por exemplo,

---

[97] ASCENSÃO, José Oliveira. Panorama e perspectivas do Direito Civil na União Europeia. In. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. (Org). **V Jornada de Direito Civil.** p. 21-37. Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2012. p. 28.

[98] Id. **O "Fundamento do Direito"**: entre o Direito natural e a dignidade da pessoa. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 52, n. 1 e 2. p. 8.

[99] MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Op. cit., p. 17.

[100] DOLINGER, Jacob. Provincianismo no Direito Internacional Privado brasileiro. Dignidade humana e soberania nacional: inversão dos princípios. **Revista dos Tribunais**, v. 880, p. 33-53, fev. 2009. p. 48.

aquele observado com viés de valoração intrínseca, sob forte influência de argumentação deontológica, no campo das intervenções no genoma humano, com finalidade terapêutica. Tal modalidade de procedimento científico não foi excluída pela Convenção de Direitos Humanos para Biomedicina do Conselho Europeu ("Convenção de Bioética"), nem pela Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (Unesco), todavia, o Direito alemão proíbe qualquer intervenção em células embrionárias humanas, sob o argumento de que a dignidade humana seria, assim, atingida.[101]

Nesse contexto, de forma inusitada e potencialmente autolesiva, observa-se que "o princípio da dignidade humana também proíbe intervenções cujas vantagens prevaleçam consideravelmente sobre eventuais desvantagens e, mesmo intervenções que não sejam relacionadas a nenhuma desvantagem conhecida".[102] É assim que a humanidade perde uma valiosa oportunidade de eliminar determinadas doenças, através de manipulações genéticas isentas de qualquer risco, sob o argumento da "guarda" da própria dignidade humana.

4. A DIGNIDADE HUMANA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como fundamento da ordem jurídica, cada vez mais frequentemente e quase de forma ubíqua, a dignidade humana tem ocupado um papel central para a fundamentação das decisões judiciais, ao ponto de tornar-se "justificação suficiente para qualquer causa". De atributo, passou à substância e como tem servido para tudo, "passou a servir também para seu contrário".[103]

---

[101] NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano: ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In. SALET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 225-226.

[102] NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano: ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In. SALET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 226.

[103] ASCENSÃO, José Oliveira. **O "Fundamento do Direito"**: entre o Direito natural e a dignidade da pessoa. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 52, n. 1 e 2. p. 12-13.

E, por isso, adverte José Oliveira Ascensão: “Há alguma coisa que não está certa na invocação da dignidade da pessoa. Porque se há que serve para tudo, então não serve para nada. Acaba por se transformar numa fórmula vazia”.[104]

Considerando que, entre os fundamentos que alicerçam nosso Estado democrático de direito, destaca-se a dignidade da pessoa humana, conforme o art. 1º, III da Constituição Federal[105], cabe consignar a percepção de Flávia Piovesan acerca deste conceito como parâmetro de valoração orientando a interpretação do sistema constitucional:[106]

> É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno.

Neste ponto, deve-se notar que, sob a óptica constitucional, não obstante o papel fundante do princípio da dignidade humana no âmbito das relações jurídicas, de permeio, ou como “pano de fundo”, sempre remanesce o princípio da proporcionalidade, pretendendo instituir uma “relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso”.[107]

Segundo Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade representa “a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito”[108] e “se refere à relação entre o fim de uma medida estatal e o meio empregado para sua efetivação, exigindo-se porém que esse meio seja adequado”.[109]

---

[104] Ibid. p. 13.

[105] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 14 nov. 2012.

[106] PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 41.

[107] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 393.

[108] Ibid. p. 399.

[109] Ibid. p. 405.

O doutrinador prossegue ressaltando que este princípio, articulado ao da interpretação conforme a Constituição, finda por fortalecer a posição do legislador, através da jurisprudência, na medida em que o aplicador da lei fará um esforço hermenêutico no sentido de “preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor”.[110]

O STF, sob a perspectiva “kelsiniana” de “guardião” da nossa Constituição[111], é a sede natural para discussões de casos jurídicos versando sobre os direitos fundamentais nela elencados, incluindo-se, nas palavras de Jorge Miranda[112], o “meta-princípio” da dignidade humana.

No contexto descrito, o STF não pode menoscabar o princípio da proporcionalidade, inclusive ao apreciar questões envolvendo o princípio da dignidade humana e, por isso, em sua fundamentação, deve orientar-se no sentido da busca de normas erigidas pelo legislador, sem vícios de constitucionalidade, em primeiro plano, como supedâneo para suas decisões.

5.1 Na esfera do Direito Privado

Em pesquisa realizada no sítio do STF, disponível na rede mundial de computadores, foi possível encontrar 23 julgados envolvendo a evocação do princípio da dignidade humana, no âmbito do Direito Privado.

Neste rol figuram causas que envolvem temas tão diversos como união homoafetiva, penhora *on line*, estatuto do torcedor, penhora de bem de família, saúde, dano moral, concursos públicos, exame da Ordem dos Advogados do

---

[110] Ibid. p. 427.

[111] DIAS, Gabriel Nogueira. "Legislador Negativo" na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte , ano 4, n . 15, jul. / set. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70669>. Acesso em: 13 jan. 2013.

[112] MIRANDA, Jorge. Manifestação em aula ministrada na disciplina Seminários II - Teorias da Justiça, no programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional – Área de Concentração “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, set. 2012.

Brasil, investigação de paternidade, Lei de imprensa e passe livre para deficientes em viagens de ônibus.

A título de ilustração, será tomado o Recurso Extraordinário (RE) nº 363.889/DF[113], sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que o acórdão recorrido definira como impossível a propositura de nova ação, em função de haver coisa julgada, na mesma demanda de investigação de paternidade, "por insuficiência de provas dos fatos alegados".

Segundo o relator do extraordinário, o autor, em sua petição inicial, formulou pedido de reconhecimento de paternidade cumulado com fornecimento de alimentos, no qual informava que já havia ajuizado demanda idêntica, antes da vigência da Lei Distrital nº 1.097/96, a qual compele o Estado a custear a realização de exame de DNA, para os desprovidos economicamente.

Na situação originária, o autor, beneficiário da justiça gratuita, não podendo arcar com o ônus do citado exame, teve sua ação julgada improcedente por "insuficiência de provas dos fatos alegados". Tempos depois, sob a égide da modificação do contexto do ordenamento jurídico do Distrito Federal, supra descrita, o autor voltou a apresentar sua demanda à apreciação do Poder Judiciário que, desta feita, em segundo grau de jurisdição, acolhendo a preliminar de coisa julgada, extinguiu o processo sem exame do mérito, conforme a ementa que se segue:[114]

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – PRELIMINAR DE COISA JULGADA REJEITADA NA INSTÂNCIA MONOCRÁTICA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REPETIÇÃO DA AÇÃO PROPOSTA EM RAZÃO DA VIABILIDADE DA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA ATUALMENTE – PRELIMINAR ACOLHIDA PROVIMENTO DO RECURSO:

---

[113] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363.889**. Requerentes: Diego Goiá Schmaltz e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Goiá Fonseca Rates. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. 02 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em 10 nov. 2012.

[114] Ibid.

> Havendo sentença transitada em julgado, que julgou improcedente a intentada ação de investigação de paternidade, proposta anteriormente pelo mesmo interessado, impõe-se o acolhimento da preliminar de coisa julgada suscitada neste sentido em sede de contestação, cuja eficácia não pode ficar comprometida, sendo inarredável esta regra libertadora do art. 468 do CPC, com atenção ao próprio princípio prevalente da segurança jurídica. Hipótese de extinção do feito sem julgamento de mérito” (folha 268).

O Ministro Dias Toffoli, então, salientou, inicialmente, que o Tribunal *a quo*, ainda que tacitamente, valeu-se da ponderação entre os princípios da segurança jurídica, de um lado, e os da dignidade humana e da paternidade responsável, de outro lado, para sobrepor o primeiro deles.

A seguir, estabeleceu seu foco sobre a “desnecessidade da invocação da dignidade humana como fundamento decisório” no caso em relevo, considerando abusiva a utilização retórica desse princípio nas decisões judiciais, notadamente no âmbito do Direito Privado, chamando a atenção para o fato de que “se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá”.[115]

E, prosseguiu o Ministro Relator, na fundamentação de sua afirmativa, citando passagem da obra de João Baptista Villela:[116]

> Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta. Alguém acha que deve ter melhores salários? Pois que se

---

[115] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363.889**. Requerentes: Diego Goiá Schmaltz e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Goiá Fonseca Rates. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. 02 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em 10 nov. 2012.

[116] VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. **Superior Tribunal de Justiça**: **Doutrina.** Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, p. 559-581, 2009. p. 562.

> elevem: uma simples questão de dignidade da pessoa humana. Faltam às estradas condições ideais de tráfego? É a própria dignidade da pessoa humana que exige sua melhoria. O semáforo desregulou-se em consequência de chuvas inesperadas? Ora, substituam-no imediatamente. A dignidade da pessoa humana não pode esperar. É ela própria, a dignidade da pessoa humana, que se vê lesada quando a circulação viária das cidades não funciona impecavelmente 24 horas por dia. O inquilino se atrasou com os alugueres? Despejem-no o quanto antes: Fere a dignidade da pessoa humana ver-se o locador privado, ainda que por um só dia, dos direitos que a locação lhe assegura.

Na sequência, o Ministro Relator remetendo, além da Súmula 149 do próprio STF, a uma norma de legislação ordinária relacionada ao tema - o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente[117] -, ambas definindo o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, salientou que tais dispositivos asseguram, por si sós, a previsão normativa de que o reconhecimento da paternidade pode ser exercido mais de uma vez perante os tribunais, no sentido de garantir o "direito personalíssimo de todo ser humano ao conhecimento da verdade sobre sua origem biológica".[118]

Por fim, enfatizou que, portanto, o ordenamento jurídico pátrio já dispõe de regras infraconstitucionais objetivamente claras, caracterizando como inequívoco o entendimento a ser adotado pelo julgador, no caso concreto em análise, tornando despicienda a invocação do princípio da dignidade humana, insculpido na Constituição Federal, como seu fundamento jurídico.

Por outro giro, em assimetria, é interessante notar que no julgamento do STF que decidiu pela total procedência da Arguição de Descumprimento de

---

[117] BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 20 nov. 2012.

[118] Id. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363.889**. Requerentes: Diego Goiá Schmaltz e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Goiá Fonseca Rates. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. 02 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em 10 nov. 2012.

Preceito Fundamental (ADPF) 130[119], com o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967 (conhecida como “Lei de Imprensa”)[120], ficou evidente a impossibilidade dos Ministros discutirem a temática jurídica em relevo sem invocar, reiteradamente, os vários matizes do princípio da dignidade humana.

Dada a sua dimensão fulcral no caso em tela, observa-se que julgadores que decidiram pela total procedência desta ADPF utilizaram, entre outros fundamentos, precipuamente, o princípio da dignidade humana.

A título de ilustração, destaca-se um trecho do voto do Ministro Menezes Direito, no sentido da total procedência da ADPF:[121]

> Por outro lado, a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para sua sobrevivência institucional, proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana. Esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história. O cuidado que se há de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem a liberdade de expressão nem a dignidade da pessoa humana.
> (...)
> Na verdade, com isso sinalizo que não é possível legislar com conteúdo punitivo, impeditivo do exercício da liberdade de imprensa, isto é, que criem condições de intimidação. Com isso, veda-se qualquer tipo de censura à veiculação de notícias ou coerção à liberdade de informação jornalística. Por outro lado, a preservação da dignidade da pessoa humana deve ser assegurada como limite possível para o exercício dessa liberdade de imprensa.

---

[119] Id. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7 Distrito Federal**. Arguente : Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=605411&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20/%20130>. Acesso em 19 fev. 2013.

[120] BRASIL. **Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em 19 fev. 2013.

[121] Id. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7 Distrito Federal**. Arguente : Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=605411&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20/%20130>. Acesso em 19 fev. 2013.

Na sequência, votando pela declaração de recepção parcial da Lei nº 5.250/67, mantidos os artigos 29 a 36 (Capítulo IV - Do Direito de Resposta), o Ministro Gilmar Mendes, igualmente, se utilizou do princípio da dignidade humana:[122]

> Como demonstrado, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5.º, X.
> Faço essas análises, buscando lições do direito comparado, para concluir que a ordem constitucional de 1988 abre espaço para uma lei de imprensa instituída para proteger outros princípios constitucionais, especialmente os direitos à honra e à privacidade, enfim, à dignidade humana, assim como para proteção da própria atividade jornalística e de comunicação em geral.

Trata-se, portanto, de um exemplo de decisão do STF que não poderia prescindir da evocação dos princípios jurídicos, notadamente o da dignidade humana, para construir-se, demonstrando que sua utilização racional e oportuna, por vezes, não é somente desejável, mas sim inevitável.

CONCLUSÕES

No que diz respeito às causas judiciais atinentes ao Direito Privado brasileiro, considerando-se fatores como precedência histórica, abrangência e completude, bem como a concretização do estatuto específico, ante aspectos principiológicos constitucionais, notadamente no que tange à dignidade humana, faz-se mister deflagrar um processo envolvendo uma reflexão jusfilosófica mais aprofundada e responsável.

---

[122] Ibid.

Assim, sob a égide de uma lógica científica e jurídica, indaga-se: por que invocar um princípio constitucional, com todos os riscos decorrentes dessa opção com elevado conteúdo axiológico, em um contexto onde já existe uma regra expressa em legislação ordinária que assegura, em última análise, a concretude desse mesmo princípio?

E em que medida é, de fato, mais adequado, ou mais eficaz, na busca pela melhor solução para um caso concreto envolvendo o Direito Privado, em nosso país, a simples evocação de princípios constitucionais como seu fundamento jurídico?

É preciso avaliar, enfim, se não estamos frente a um momento de pendular retrocesso histórico-cognitivo envolvendo a atividade jurisdicional associada ao Direito Privado brasileiro, sob a influência de um viés neoconstitucionalista "deslocado", artificialmente potencializado ou, até mesmo, ectópico e, sendo este o caso, se não deveriam ser implementadas as adaptações necessárias ao reequilíbrio do fluxo orientado por um vetor mais adequadamente progressista.

Outrossim, considerando que os "saberes" humanos, ao comporem um todo, devem ser sinérgicos, por natureza, é mister observar, no contexto jurídico descrito, a atualidade e a pertinência das palavras de Paracelso - médico e alquimista -, contemporâneo de Pico della Mirandola: "a dose certa é que diferencia o remédio do veneno".[123]

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A theory of legal argumentation:** the theory of rational discourse as theory of legal justification. New York: Oxford University Press, 2011. 323 p.

---

[123] TODAYINSCI. **Science quotes by Philippus Aureolus Paracelsus**. Disponível em: <http://todayinsci.com/P/Paracelsus/Paracelsus-Quotations.htm>. Acesso em 07 dez. 2012. Tradução da autora.

______ . **Direito, razão, discurso:** estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 224 p.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica**: pensamento formal e argumentação. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. 405 p.

ASCENSÃO, José Oliveira. **O "Fundamento do Direito"**: entre o Direito natural e a dignidade da pessoa. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 52, n. 1 e 2. 458 p.

______ . Panorama e perspectivas do Direito Civil na União Europeia. In. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. (Org). **V Jornada de Direito Civil.** p. 21-37. Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista USP**, n. 53, p. 90-101, mar. / mai. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. 827 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 14 nov. 2012.

______ . **Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em 19 fev. 2013.

______ . **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 20 nov. 2012.

______ . Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130-7 Distrito Federal**. Arguente : Partido Democrático

Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=605411&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADPF%20/%20130>. Acesso em 19 fev. 2013.

______ . Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 363.889**. Requerentes: Diego Goiá Schmaltz e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Goiá Fonseca Rates. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF. 02 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em 10 nov. 2012.

DIAS, Gabriel Nogueira. "Legislador Negativo" na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte , ano 4, n . 15, jul. / set. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70669>. Acesso em: 13 jan. 2013.

DOLINGER, Jacob. Provincianismo no Direito Internacional Privado brasileiro. Dignidade humana e soberania nacional: inversão dos princípios. **Revista dos Tribunais**, v. 880, p. 33-53, fev. 2009.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. Traduzido por Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2012. 24. ed. 174 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Traduzido por Leopoldo Gianfardoni. São Paulo: Martin Claret, 2005. 139 p.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In. ______ (Orgs). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012. 461 p.

MIRANDOLA, Pico della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Porto: Areal Editores, 2005. 112 p.

NEUMANN, Ulfried. A dignidade humana como fardo humano: ou como utilizar um direito contra o respectivo titular. In. SALET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 240 p.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista dos Tribunais**, v. 833, p. 41-54. mar. 2005.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Traduzido por Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007. 568 p.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 749 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 749 p.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, ano 143º, II, p. 43-66, 2011.

ROSEN, Michel. **Dignity:** its history and meaning. Cambridge: Harvard University Press, 2012. 200 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 164 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 639 p.

TODAYINSCI. **Science quotes by Philippus Aureolus Paracelsus**. Disponível em: <http://todayinsci.com/P/Paracelsus/Paracelsus-Quotations.htm>. Acesso em 07 dez. 2012. Tradução da autora.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. 159 p.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. **Superior Tribunal de Justiça**: **Doutrina.** Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, p. 559-581, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Dignity, rank, and rights**. New York: Oxford University Press, 2012. Kindle edition. 176 p.

AS FONTES DO DIREITO À LUZ DOS PRINCÍPIOS E DUAS CONCEPÇÕES À RESPEITO DA DIGNIDADE HUMANA

Marcus Frazão[124]

10.11117/9788565604222.03

INTRODUÇÃO

A expressão fontes dos direito pode ter várias interpretações e vários significados a depender de como e onde for usada utilizada.

Numa aplicação particular e mais rotineira, no universo jurídico, diz-se que as fontes são a gênese, a arque[125], a letra α do Direito e que estas o geram. Nas fontes é onde ele surge e se manifesta, é o lugar em que a Ciência do Direito se abastece.

Tendo por certo que o Direito provém de algum lugar e esse lugar só pode ser as fontes, qual o Direito que delas flui: o de roupagem legal e formalista (positivo) ou de caráter moral e substancialista (natural)?

A resposta a essa pergunta começa a se tornar insuperável a partir da crescente codificação do direito, principalmente pelos europeus, em meados do século XIX, quando o direito legislado passou a ter enorme valor.

Tendo por base que uma regra nada mais é que uma manifestação de poder e vontade que auxilia na manutenção ou projeção de uma sociedade, o presente trabalho adentrará nas causas de sua formação (fontes), e não nos seus propósitos.

Argumentar-se-á que as fontes do direito possuem causa única; o que por si só gera uma contradição, pois, como podem as fontes, em si consideradas a gênese do Direito, ter uma causa geradora? Como ficará claro adiante, a proposta central deste artigo será demonstrar que existe uma única

---

[124] Físico formado pela Universidade de Brasília – UnB, 2008; e graduando do 3º semestre do curso de Direito na Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDB/IDP.
[125] MARCONDES, Danilo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010, p.25 e 26.

causa (fonte) para o direito: os princípios; e que todas as outras ditas fontes são apenas manifestações da primeira, quer dizer, causas secundárias que, partindo dos princípios, auxiliam na geração do Direito.

Em síntese, pretende-se discutir neste texto uma outra concepção para as fontes do direito, e que não seja essa confundida com aquela de que trata as fontes, única e exclusivamente, como sendo as de caráter formal e vinculativo (leis *lato sensu*) e as de caráter material, portanto, acessórias e não vinculativas, como os princípios, costumes, doutrina e jurisprudência.

Portanto, buscar-se-á demonstrar que, em grande medida, há um nexo causal, uma relação necessária de causa-efeito entre leis e costumes, leis e princípios e, finalmente, costumes e princípios.

Entretanto, ganham relevância e tornam-se indispensáveis a este escrito uma análise das teorias que tratam dos princípios, em especial as de Robert Alexy e Ronald Dworkin (Teoria da Ponderação), e de debates entre diversos autores acerca da Filosofia do Direito, sobre diferenciação e formação das Normas de Direito (Regras e Princípios) no desenvolvimento de um Sistema Jurídico.

Finalmente, discutir-se-á o aspecto abstrato e abrangente que está por detrás do princípio da dignidade da pessoa humana[126] e os desafios cognitivos que a expressão em si mesma encontra.

1. AS FONTES DO DIREITO SEGUNDO UMA VISÃO CLÁSSICA[127] POSITIVISTA

Com frequência encontram-se autores que asseveram ser o Direito gerado por fontes e que essas consistem em leis (*lato sensu*), princípios,

---

[126] Adiante será argumentado o equívoco em se dizer princípio da dignidade da pessoa humana em vez de princípio da dignidade humana.

[127] Algumas visões modernas do positivismo já admitem que questões não puramente jurídicas (como as de cunho moral) contribuem para a formação do direito, e que ele não é formado exclusivamente por fontes formais, em especial as leis. Cf. Joseph Raz. 1ª ed. WMF Martins Fontes, 2012.

costumes, doutrina e jurisprudência. Dividindo-se, num primeiro plano, em fontes formais (lei) e materiais (princípios, costumes, doutrina e jurisprudência).

As primeiras são ditas vinculativas, pois amarram, por exemplo, todos os atos praticados a um procedimento e, ao mesmo tempo, seguem um rito pré-determinado e específico que deve ser na íntegra observado. Já as segundas, são conhecidas por seu caráter acessório as primeiras e, portanto, não vinculam nem se sobrepõem às principais, mas apenas as auxiliam a revelar o seu verdadeiro significado.

Contudo, em especial para a doutrina positivista do direito, observa-se o caráter superior que os atos normativos legislados possuem frente às demais fontes acessórias. Verifica-se a parte formal sobrepujando a material e que todos os atos praticados só passam a ter validade se forem expressos por lei. O formalismo jurídico[128], a atenção demasiada às formas e o preciosismo a sua roupagem, passam a ter mais valor que o seu próprio conteúdo.

Norberto Bobbio, O Positivismo Jurídico – *Lições de Filosofia do Direito,* afirma:

> (...) são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 161)

Apesar de definir o que são e como são formadas as fontes do direito, o autor equivoca-se em sua argumentação ao inverter a ordem de acontecimento de dois conceitos: ordenamento jurídico e fontes. Seria mais lógico pensar que são as fontes que geram algo, um sistema jurídico, por exemplo, e não o contrário. Percebe-se a definição formalista (legalista) do autor quando afirma ser através de um ordenamento jurídico que as fontes são geradas ou estabelecidas, esquecendo-se que algo gerou esse mesmo ordenamento.

---

[128] Teoria positivista do direito na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente a sua estrutura formal, ou seja, seu aspecto exterior, prescindindo do seu conteúdo. Segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor.

O autor atribui ao ordenamento jurídico a missão de ser o responsável pela causa das causas:

> (...) os ordenamentos jurídicos que atingiram certa complexidade e certa maturidade, como os modernos, estabelecem eles mesmos quais são as fontes do direito, o que significa que estabelecem os critérios de validade das próprias normas. De fato, esses ordenamentos não contêm apenas normas que regulam o comportamento dos membros da sociedade, mas também normas que regulam a produção jurídica, isto é, normas que regulam o modo pelo qual deve ser normado o comportamento dos súditos (temos então uma regulamentação da regulamentação – poder-se-ia dizer: uma regulamentação ao quadrado). (Bobbio, Ícone, 1995, p. 162)

Segundo sua visão (positivista), a lei, denominada fonte formal, deve ser a fonte primordial do Direito e que sua codificação é consequência natural dos movimentos históricos que buscavam neste processo a manifestação e a garantia de certos direitos:

> (...) podemos agora precisar que esta corrente doutrinária entende o termo "direito positivo" de maneira bem especifica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como "lei". Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva — ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente — do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 119)

O autor assevera que a codificação das leis, fortemente influenciada durante a formação do Estado moderno, é marcada pela racionalização. Para ele, dar prevalência à lei como fonte primordial do direito exprime dois pontos principais: num primeiro momento, a lei seria uma espécie de norma geral e abstrata posta pelo poder soberano da sociedade de forma pensada e planejada (racional) e que alcançaria indistintamente toda sociedade, portanto, não sendo mais comandos individuais capazes de cometer abusos, caprichos e arbítrios; num segundo momento, Bobbio defende a ideia de que o propósito da

lei é a modificação da sociedade e não sua manutenção[129]. Segundo ele, assim como o homem é capaz de controlar a natureza através do conhecimento de suas leis[130], ele seria capaz de modificar estruturas sociais através de leis que seguissem uma finalidade racional.

Para Bobbio, somente a lei é capaz de modificar uma sociedade. Seria ela capaz de definir caminhos e de dinamizá-la. No viés contrário, os costumes, largamente utilizado nos países que adotam um direito costumeiro, não são capazes de direcionar os caminhos a serem percorridos por uma sociedade, mas tão somente de mantê-los:

> O direito consuetudinário não pode, de fato, servir a tal finalidade, porque é inconsciente, irrefletido, é um direito que exprime e representa a estrutura atual da sociedade e, consequentemente, não pode incidir sobre esta para modificá-la; a lei, em lugar disto, cria um direito que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assuma. O costume é uma fonte passiva, a lei é uma fonte ativa de direito. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 120)

---

[129] Se a codificação do direito (lei formal e escrita) foi a forma encontrada para evitar que abusos e caprichos fossem cometidos, hoje, nota-se o contrário. A lei, instrumento capaz de modificar uma sociedade, é utilizada como ferramenta que gera arbitrariedades de acordo com interesses políticos. Tem-se, então, uma primeira falha na legitimação, através de lei, da representação política.

[130] Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito* fez a distinção entre leis naturais e leis jurídicas. Para o autor, o estudo da ciência natural não pode ser confundido com o estudo da ciência jurídica, pois, enquanto na primeira observa-se o fenômeno da causalidade e, como consequência tem-se que "todo A é B"; na segunda observa-se o fenômeno da imputabilidade, onde se tem que "A nem sempre é B". Entretanto, em *Teoria Geral do Estado,* o autor se aventurando no campo das ciências naturais, ao fazer a distinção entre leis naturais e leis jurídicas, se confunde e equivoca-se ao afirmar que as leis da natureza é que devem adaptar-se aos fatos, esquecendo-se que as leis, ora criadas pelos homens, são modelos ideais, aproximações do mundo real e não correspondem a representação completa de qualquer fenômeno que seja. Assim, as leis a que Kelsen remete só podem ser as de criação humana e não as da própria natureza em si, que já existem e são independentes de qualquer formulação do homem. Por exemplo, a lei da gravidade existe porque existe. É uma lei da natureza (não do homem) e a sua existência ou condição de manifestação é invariável a qualquer postulação humana. A lei da gravidade não passou a existir ou a ser controlada a partir das formulações de Newton, por exemplo. Porém, como dito, as leis humanas apenas prevêem um certo comportamento esperado, e a frustração desse comportamento não quer dizer que a lei da natureza está incorreta, apenas que a lei humana que tentou prever o seu comportamento está errada ou incompleta. Em síntese, Kelsen afirmou, erradamente, que são as leis da natureza que devem se adequar as do homem, e não o contrário. O homem só consegue enxergar aquilo que a natureza o permite.

Para o positivismo jurídico, na existência de várias fontes do direito não é possível que várias delas ocupem um mesmo plano (paridade das fontes), mas que haja uma hierarquia entre elas[131] e, nesse caso, deve prevalecer a lei[132]:

> A doutrina juspositivista das fontes é baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito (a lei) sobre todas as outras. Para que tal situação seja possível são necessárias duas condições: que num dado ordenamento jurídico existam várias fontes e que essas fontes não estejam no mesmo plano. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 162)

Numa linha oposta, Dimitri Dimoulis sustenta que, ao contrário das fontes formais e, portanto, em dissonância com a tese positivista do Direito, as fontes materiais são as responsáveis pela criação do Direito[133]. São elas que dão origem aos dispositivos (normas) válidos e sentido à existência de determinadas normas jurídicas ou até mesmo do próprio Direito. A ideia de fonte material liga-se às razões últimas, motivos lógicos ou morais, que guiaram o legislador na preparação e promulgação dos atos formais (leis), e que a busca dessas razões aproxima-se mais de causas filosóficas do que jurídicas.

Entretanto, Dimoulis alerta que o aspecto formal não é primordial, mas essencial, e que sem ele nenhum elemento material seria reconhecido como

---

[131] Bobbio define as fontes superiores (leis) como sendo *fontes de qualificação jurídica*, e as demais fontes, subordinadas, tais como os costumes, de *fontes de conhecimento jurídico*. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 166).

[132] Será visto adiante que a primazia que o positivismo jurídico dá à Lei vai de encontro com teorias que utilizam os Princípios como base de todos os ordenamentos. Para Alexy, os princípios são a base de qualquer sistema jurídico e que, ao invés da lei, os princípios é que devem ocupar lugar central em todos os sistemas, desde os minimamente estruturados até os mais complexos. Porém, há autores que buscam conciliar essas duas teorias antagônicas através do sincretismo metodológico (método utilizado para unir duas ou mais teorias conflitantes).

[133] DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito, 4ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

válido[134]. Nesse caso, cabe a formulação de Jean-Paul Sartre: “*L’existence précède l’essence*”[135].

2. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE COSTUMES E HÁBITOS

Em várias ocasiões e sob diferentes circunstâncias são utilizados os vocábulos costume e hábito como sinônimos. E, de fato, o são. Em situações cotidianas quando dizem que têm o costume de acordar às seis horas da manhã; ou que têm o hábito de dirigir sem o cinto de segurança; ou até mesmo que costumam sair do serviço pelo menos 30 minutos mais cedo para evitar o congestionamento, etc., as pessoas estão, na verdade, dizendo que praticam certas atitudes comuns e rotineiras, sem se importarem com a aprovação ou não de outras pessoas. Frequentemente, não existe a preocupação e a necessidade de se distinguir o correto significado entre essas duas palavras. Elas podem ser usadas livremente sem nenhum receio ou sem qualquer desvio de interpreção, pois estão inseridas perfeitamente no mesmo contexto social.

Mas, no universo jurídico, essa mesma analogia não pode ser feita, ou melhor, deve ser evitada. Costume e hábito não se confundem, pelo contrário, expressam noções distintas daquilo que assemelha ser equivalente.

Entende-se por hábito tudo aquilo que se pratica rotineiramente, dia a dia, aceito ou não pela sociedade. O Novo Dicionário Aurélio define habito como: “[Do lat. *habitu. S.m*.] Disposição duradoura, adquirida pela repetição freqüente de um ato, uso, costume. Maneira usual de ser”.

Já os costumes se diferenciam dos hábitos na medida em que devem ser socialmente e moralmente aceitos. Poder-se-ia dizer que costume é um hábito aperfeiçoado, simbólico, quer dizer, pelo fato de ser praticado reiteradas vezes (elemento objetivo) e por ser moralmente aceito (elemento subjetivo)

---

[134] Dimoulis aponta para uma validade jurídica e não moral. A validade nesse caso é condicionada à lei. Ressalta-se que o conceito de validade é bastante controvertido no mundo jurídico.
[135] A existência precede a essência.

acaba por alcançar, evoluir, a categoria dos costumes. Estes, diferentemente dos hábitos, exigem a convicção de obrigatoriedade por quem os praticam (*opinio necessitatis sive obligationis*)[136].

Uma manifestação clássica de costume é a fila. Não há regra jurídica alguma que faça ou obrigue as pessoas a formarem fila. A única regra existente é aquela de caráter moral, que, se desrespeitada, sujeita quem a descumprir a uma sanção moral[137] por sua conduta.

Caso houvesse alguma regra jurídica que obrigasse as pessoas a seguirem a fila, qual teria sido a origem, a fonte, dessa regra: a lei ou o costume? Fica evidente que a origem dessa regra não poderia ser outra que não o costume. Isso porque a lei, dita fonte primordial e vinculativa, teve a função secundária e acessória de apenas formalizar um costume que há muito já era seguido. Não se discute aqui se a lei deixou de ser vinculativa ou não, apenas conclui-se que ela não foi, de fato, a causa geradora dessa regra. Criar uma lei nessas circunstâncias seria um desperdício[138].

2.1 O costume como fonte do direito.

Feita a distinção entre hábito e costume, passa-se a analisar o costume como fonte[139] do direito.

---

[136] Cf. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, 1ª ed., Bauru – SP: EDIPRO, 2000, p. 120.

[137] Este artigo não adentrará no mérito que o positivismo jurídico traz a respeito de sanção e coerção.

[138] Bobbio, neste ponto, parece estar correto ao afirmar que o objetivo de uma lei é a transformação da sociedade, e não sua manutenção. Mas, exceto nesses casos de transformação, perde-se muito em elaborar leis que expressam justamente aquilo que já é seguido por uma sociedade. É formalizar aquilo que já está materialmente afirmado. É *reinventar a roda*, *chover no molhado*, *falar mais do mesmo*, etc. Fica a dúvida: Será que as pessoas cumprem a lei por hábito ou por costume? Percebe-se que mesmo que a lei imponha uma sanção caso não seja obedecida, as pessoas têm o costume de cumpri-las. Existe uma convicção moral de que as leis devem ser cumpridas, e quem impõe essa convicção certamente não é a lei. Será visto adiante que existe uma causa (princípio) por detrás desse dever de cumprimento às leis.

[139] Conforme anunciado no início deste trabalho, a intenção é estabelecer uma relação de causa-consequência entre princípios-lei, princípios-costumes, princípios-etc. Costume foi anunciado acima como fonte (secundária), não como fonte primeira (princípios).

O costume é seguido e observado. Está arraigado no bojo da sociedade; é fato social. Não é mais discutido; foi imposto e acatado de maneira tácita. A sua inobservância gera um tipo de sanção: a moral.

John Austin, um dos precursores do positivismo jurídico, defende a validade dos costumes mesmo antes de sua positivação pela lei. A sua transformação em lei apenas faz com que a sanção do Estado opere sobre aqueles que desrespeitam os costumes, em consequência, também as leis:

> Na sua origem, o costume é uma regra de conduta observada espontaneamente e não em execução a uma lei posta por um político superior. O costume é transformado em direito positivo quando é adotado como tal pelos Tribunais de Justiça e quando as decisões judiciárias formadas com base nele são feitas valer com a força do poder do Estado. Antes de ser adotado pelos tribunais e receber uma sanção legal, o costume é apenas uma regra da moralidade positiva, uma regra geralmente observada pelos cidadãos ou súditos, mas derivando sua força, que se pode dizer que possua, da reprovação geral que recai sobre aqueles que a transgridem. (Austin, Henry Holt, 1875, p. 101 e 102)

Herbert Hart, jurista inglês e influente filósofo do direito, defende que as regras não são apenas as promulgadas por instituições jurídicas particulares, mas também regras estabelecidas pelos costumes:

> Muitas das nossas mais antigas regras jurídicas nunca foram explicitamente criadas por um poder legislativo ou tribunal. Quando elas apareceram pela primeira vez em argumentações legais e textos jurídicos foram tratadas como já pertencentes ao direito E isto porque representam a prática costumeira da comunidade ou de uma parte específica dela, como, por exemplo, a comunidade empresarial. (Hart, WMF Martins Fontes, 2009, p. 57)

Bobbio, reconhecendo a importância dos costumes na geração do direito, afirma que:

> Um exemplo quase que indiscutido de fonte reconhecida é representado pelo costume. Neste caso, com efeito, estamos diante de regras produzidas pela vida social externamente ao ordenamento jurídico do Estado, e por este último acolhidas num segundo momento como normas jurídicas. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 164)

Quando um ordenamento jurídico alça um costume à categoria de lei e o transforma em norma escrita e vinculativa[140], a lei que foi gerada de um costume não o declara e não impõe a sua obrigatoriedade[141], apenas o formaliza e faz valer a força coercitiva do Estado sobre aqueles que não o seguem. O costume, agora transformado em lei, tem o condão de impor não só a sanção moral, como também a jurídica. O costume, por opção do Estado, foi legislado e passou a ser chamado de lei.

Numa visão complementar à de Austin e Bobbio, Balossini ressalta que:

> (...) os usuários (isto é, os membros da sociedade), os quais com a repetição de seu comportamento dão origem a norma consuetudinária são verdadeiros órgãos do Estado e que seus atos são análogos aos atos dos membros do Parlamento que votam uma lei. A produção legislativa do direito seria apenas um modo mais rápido de produzir o direito mediante o emprego de profissionais da produção jurídica (os membros do Parlamento). (Balossini, apud Bobbio, Ícone, 1995, p. 165)

Em outras palavras, não é a transformação de um costume em lei que o faz ser acatado. Antes mesmo de uma lei o formalizar e impor sua obrigatoriedade ele já era conhecido e respeitado por toda sociedade, a sua prática não passou a ser obrigatória em decorrência da lei, em especial por meio da coerção estatal, mas tão somente pela convicção de segui-lo. A única inovação feita por esta transmutação (costume-lei) foi a de imputar uma sanção jurídica.

Portanto, torna-se indispensável a distinção entre costume e hábito no universo jurídico. A lei pode impor de maneira inovadora, originária, que determinada sociedade passe a obedecer a certos hábitos e que deixe de praticar outros, por exemplo: o uso do cinto de segurança (imposição de um

---

[140] O positivismo jurídico sustenta que são fontes do direito somente aquilo que o ordenamento jurídico permitiu ser. Quer dizer, as fontes do direito são escolhidas pelo ordenamento.

[141] Não haveria sentido em dizer que foi a lei quem impôs a obrigatoriedade de se seguir um costume, pois a obrigatoriedade já fora imposta anteriormente por sua própria convicção.

hábito) e a proibição de fumar em ambientes fechados (reprovação de um hábito)[142].

Com os costumes não funciona assim. A lei não poderia impedir que determinado costume fosse praticado. Uma das primeiras consequências desse possível impedimento seria a reprovação social da lei e, a partir disso, o texto legislado não teria valor algum para os membros de uma sociedade.

Orlando Gomes ressalta que:

> A tese da confirmação legislativa é inadmissível na sua fundamentação e em suas consequências, não passando de intolerável exageração do papel do legislador para lhe reservar o monopólio da produção normativa, que eliminaria o costume como fonte formal do direito. (Gomes, Forense, 2001, p. 43)

Assim, quando uma lei derivada de um costume é descumprida, o que na verdade se está desrespeitando: a lei ou o costume? Parece indiscutível que numa situação como esta é o costume que é afrontado e não a lei que apenas o formalizou. A lei serviu apenas de revestimento, pano de fundo; deu forma ao conteúdo. Mas haverá aqueles que dirão ter sido a lei desobedecida. Essa posição também é indiscutível, mas a lei é descumprida num segundo momento e não na sua origem.

Entretanto, seria correto dizer que existem costumes *contra legem*[143]? Numa primeira análise parece óbvio que haja, ainda mais quando esse assunto encontra respaldo na mais diversificada doutrina. No entanto, numa segunda análise, deve-se reconhecer que por questão de praxe as palavras costume e hábito foram indistintamente utilizadas. Não houve em nenhum momento o cuidado, principalmente do doutrinador, em fazer a distinção entre esses dois

---

[142] ALEXY, Robert. São Paulo: 1ª ed. WMF Martins Fontes, 2009, passim. Trata-se de eficácia social e de correção material.

[143] Há casos em que uma lei ataca diretamente hábitos ou costumes. No primeiro caso é totalmente admissível, até porque o que se busca é a eficácia social e a correção material (Alexy) e a projeção da sociedade para o futuro (Bobbio); mas no segundo caso, inadmissível, pelo fato de a lei atacar algo que é seguido e foi eleito pela própria sociedade. E há casos em que o costume é considerado *contra legem* pelo fato de uma determinada lei ter entrado em desuso por decurso de tempo, cedendo lugar a um costume e sendo revogada tacitamente por ele.

termos que, como dito, não são correspondentes no mundo jurídico. Forçar uma sociedade que adote uma lei em conflito com um costume seria ariscado e impor que o observe, desnecessário.

Bobbio conclui que:

> O direito pode disciplinar todas as condutas humanas possíveis, isto é, todos os comportamentos que não são nem necessários, nem impossíveis; e isto precisamente porque o direito é uma técnica social, que serve para influir na conduta humana. Ora, uma norma que ordene um comportamento necessário ou proíba um comportamento impossível seria supérflua e uma norma que ordene um comportamento impossível ou proíba um comportamento necessário seria vã. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 145)

Seria incerto que uma lei, mesmo através da coerção estatal, tentasse se sobrepor a um costume. O critério cronológico de Bobbio – *lex posterior derrogat priori* – sobre o conflito de regras falha nesse caso[144]. Funciona perfeitamente somente quando temos regras da mesma espécie. Deve-se evitar que uma lei qualquer entre em conflito com um costume, e mesmo que entre, dificilmente conseguirá que ele deixe de ser observado, pois há muito já é praticado (não foi ao acaso que se transformou em costume).

A aceitação jurídica é consequência imediata do próprio costume, pois não há sentido em dizer costume *contra legem*, mas sim hábitos *contra legem*. Sendo a lei derivação de um costume, não há cabimento em se dizer costume *contra legem* e sim *legem contra consuetum*, pois, em outras palavras, não seria possível o efeito (lei) atacar a própria causa (costume). É evidente que não são os costumes que ofendem as leis e sim o contrário.

A lei, contra ou a favor dos hábitos, atua de maneira pro e retroativa. Contra os costumes, apenas retroativamente, afirmando-o no mundo jurídico; tendo em vista que se agir proativamente e entrar em conflito com um costume colocando-o como se fosse contrário à lei (*contra legem*), haverá reprovação social.

---

[144] Cf. BOBBIO, Norberto. Brasília: 6ª ed. Universidade de Brasília, 1995, p. 93. Sustenta que a lei (regra) mais nova revoga a mais antiga.

Numa mesma linha de pensamento Machado Neto questiona:

> (...) qual é o direito positivo de tal povo? A lei que ninguém segue e os próprios tribunais já não aplicam ou o costume que é vivido diuturnamente pelos membros da comunidade jurídica? (Machado Neto, Saraiva, 1987, p. 211)

Em oposição aos hábitos a lei funciona muito bem: seja para impor um comportamento desejável, seja para prevenir um comportamento reprovável. Ela pode prevenir erros e corrigir desvios, que talvez levasse anos até que os membros da sociedade conseguissem evitá-los. A determinação estatal, através da coerção imposta pela lei, acelera esse processo de reconhecimento.

Ademais, quanto aos termos costumes *secundum leg*em e *praeter legem*, tem-se no primeiro caso o costume, já praticado por uma sociedade, que o poder estatal, por opção, o formalizou; no segundo ainda não houve essa necessidade.

Finalmente, as expressões *secundum*, *praeter* e *contra legem* só fazem sentido para o positivismo. Ou seja, um costume ser segundo a lei, praticado na ausência da lei ou contrário a lei, só ganhou cabimento quando o formalismo jurídico impôs que a lei fosse a fonte principal do direito e geradora das outras, fechando os olhos para o que de fato surgiu primeiro[145]. Conforme exposto, o costume deu origem a lei, e não o inverso, como insistem os positivistas[146].

Verifica-se então que o termo costume *contra legem* é um equívoco e dever-se-ia substituí-lo pela expressão hábito *contra legem*.

---

[145] Não existe a perspectiva de impor um critério cronológico como fez Bobbio (*Teoria do ordenamento jurídico*, UnB, 6ª ed., 1995, p. 92 e 93), apenas demonstrar que o costume teve uma aceitação primeiro que a lei e, promulgar uma lei que vá de encontro a um costume é agir proativamente contra a aceitação social.

[146] Existe grande diferença quando se impõe algo, por exemplo, uma norma jurídica; e quando se aceita algo, p. ex., um costume. A própria aceitação de uma lei é derivada de um costume, quer dizer, o de acatar e seguir leis que não afrontem relações sociais já estabelecidas. Isto demonstra que a lei não passou a ser seguida por causa de uma ameaça vinculada a ela – coerção e sanção, e sim pelo fato de que existe um costume associado ao de seguir as leis quando estas não ofenderem outros costumes. Na verdade, e conforme será demonstrado mais a frente, esse costume de se seguir leis é a consequência imediata de um princípio, ou seja, a causa de um costume.

2.2. Distinção entre regras e princípios.

Certa vez, um pai cansado de observar que seu filho não se alimentava corretamente, em especial durante o almoço, proibiu-lhe de comer bolachas antes das refeições, pois já não conseguia mais ver a criança deixar restos de comida no prato e de sempre comer "porcarias" fora de hora. Assim, o pai ordenou o seguinte: "Você está proibido de comer bolachas antes das refeições!"

O filho muito respeitador das ordens do pai, e ao mesmo tempo muito esperto, decidiu cumpri-las, mas sem que deixasse de satisfazer os seus próprios desejos. A criança cumpriu a ordem à risca, porém ao invés de comer bolachas antes das refeições passou a comer salgadinhos, bolos, tortas, iogurtes, etc. Diante dessa situação, houve a violação de alguma regra? O objetivo do pai foi alcançado?

O estudo dos princípios e a diferenciação destes em relação às regras tornam-se a cada dia mais importante quando se tem casos atípicos, aqueles bastante complexos ou que o ordenamento jurídico foi incapaz de prever ou definir.

Em geral, tem-se que uma norma pode ser encarada tanto como uma regra (em especial a lei), tanto como um princípio[147]. Assim, antes mesmo de ser feita esta distinção, resta adiantar como o problema do pai e do filho em relação às bolachas seria resolvido à luz das regras e dos princípios.

Sabendo que o pai lhe impôs uma limitação, agiu astuciosamente para manter a regra, mas quebrar um princípio que estava inerente a ela própria. Na verdade o pai não impôs uma regra, uma condição, e sim um princípio, qual seja: de que não se deve comer antes das refeições[148].

---

[147] "Klaus Günther entende que a distinção entre regras e princípios não deveria ser interpretada como uma distinção entre dois tipos de normas, mas exclusivamente como uma diferenciação entre dois tipos de aplicação de normas." Günther, apud Alexy, WMF Martins Fontes, 2009, p. 88.

[148] Ver Gênesis, capítulo 2, versículo 16-17, AT. Quando Deus, no jardim do Éden, ordenou a Adão e Eva que não comessem do fruto da árvore proibida. Mesmo se tratando de uma regra imposta, ao ser

A violação da regra foi consequência imediata da violação do princípio. Mas, em contra partida, a criança poderia muito bem se esquivar alegando que ela foi proibida de comer bolachas e não outra coisa. Em síntese, ela ignorou ou foi incapaz de perceber um princípio que estava por detrás da regra. Nesse caso, compreender apenas a regra foi inútil.

Quando o pai emitiu a ordem para que a criança não comesse bolachas antes das refeições, ele, na verdade, não impôs uma regra pontual e específica, pelo contrário, impôs uma "regra abrangente" e que esperava alcançar determinado objetivo, qual seja: que o filho se alimentasse melhor durante as refeições e não antes delas. Contudo, por trás do comando que foi imposto havia um princípio bem maior que a própria regra.

A distinção entre regras e princípios não poderá ficar apenas no campo semântico. Definir esses dois termos é o mesmo que limitar os seus significados, o que seria um grave erro, pois as análises e os testes que serão feitos estarão baseados na definição que foi dada aos termos – que é limitada e imprecisa, e não ao seu significado e abrangência como um todo. Então, definir princípios e regras e tentar fazer uma diferenciação baseada em suas definições é um engano que somente causará incertezas e limitações de sentido.[149]

Talvez quem melhor distingue regras de princípios seja Ronald Dworkin[150]. O autor confronta em vários momentos a tese positivista sobre as regras e com uma avalanche de exemplos diferencia, sob sua ótica, o significado entre os dois termos. Um desses exemplos foi um julgado de 1889

---

violada também foram violados vários princípios que estavam por detrás dela. É claro que esta situação trata-se apenas de uma ilustração, e de forma alguma pretende induzir o leitor a aceitar ou não o que está escrito em Gênesis. Da mesma forma que alguns escritores se baseiam em mitos (mitologia) para traçar paralelos entre a realidade e o imaginário com o intuito de ilustrar os seus textos, valho-me desta passagem bíblica para ilustrar o meu.

[149] "*Eu sou o que sou*", foi a expressão que Deus utilizou a Moisés quando este o questionava quem Deus realmente era. Moisés pediu a Deus que desse uma definição de si próprio, ou seja, de um Ser que é maior que ele (Moisés) e que jamais poderia compreender na sua totalidade. (Cf. Êxodo, capítulo 3, versículo 14, AT).

[150] Cf. *Levando os direitos a sério*, 3ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, passim.

de um tribunal de Nova Iorque (*Riggs x Palmer*) que teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar sua parte da herança, embora tivesse assassinado seu avô com esse propósito. O tribunal em questão decidiu da seguinte maneira:

> O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: "É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino." Mas o tribunal prosseguiu, observando que "todas as leis e contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime". O assassino não recebeu sua herança. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 71)

Percebe-se que em casos atípicos e difíceis como este (*Hard Cases)*, as regras tornam-se injustas, insuficientes ou inapropriadas e não conseguem dar uma fundamentação lógica, precisa e satisfatória para o caso, de acordo com os mais variados ordenamentos jurídicos baseados na doutrina positivista e suas derivações.

Assim, Ronald Dworkin caracteriza os princípios da seguinte forma:

> Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 36)

Robert Alexy os diferencia das regras da seguinte maneira:

> Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica positiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda

> autorizam a fazer algo de forma definitiva (...). Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às suas possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios. (Alexy, WMF Martins Fontes, 2009, p. 85)

Tanto Dworkin quanto Alexy defendem uma interrelação necessária entre direito e moral e que um é simultaneamente a causa-consequência de ser do outro[151]. Os autores sustentam que a base de qualquer ordenamento jurídico deve ser os princípios, com a seguinte diferença: Ao contrário de Dworkin, Alexy promove a idéia de que os princípios são como as regras, não no sentido que se acabou de diferenciar, mas no sentido de que a sua observância deve ser obrigatória assim como as regras são. Quanto à essência dos princípios (dimensão, peso, etc), sua posição caminha lado a lado com a de Dworkin.

> Assim, vale a proposição: a partir de um estado mínimo de desenvolvimento, todos os sistemas jurídicos contêm necessariamente princípios. Isso basta como a base para a fundamentação de uma conexão necessária entre direito e moral pelo argumento dos princípios. Portanto, a tese de que todos os sistemas jurídicos contêm necessariamente princípios pode ser munida da restrição, contida naquela proposição, a

---

[151] Causa-consequência de ser do outro é um paralelo que foi traçado, neste artigo, com a Mecânica Quântica. Depois de muita inquietação e pesquisa cientifica, ficou claro que a dualidade onda-matéria ou onda-partícula, como preferir, é um fenômeno que a causa de um é necessariamente a causa do outro, e que o efeito de um também é o efeito do outro. Em simples palavras, nem onda nem partícula é a causa ou a consequência da outra e, ao mesmo tempo, onda e partícula são as causas e as consequências da outra. Essa analogia foi posta para que se possa entender que o mundo jurídico não está imune a essas perturbações (causa-consequências) do mundo social. Niklas Luhmann sugere a construção de um sistema autopoiético para o Direito assim como o fez para uma sociedade, em que o Direito se cria e se recria buscando nele mesmo sua autorreferência. Dessa forma, um sistema autopoiético permitiria a construção de um sistema jurídico mais dinâmico e mais adequado à complexidade social.

> sistemas jurídicos minimamente desenvolvidos, sem que por isso fracasse o argumento dos princípios. (Alexy, WMF Martins Fontes, 2009, p. 90)

Dworkin, Alexy, Radbrush, entre outros152 sustentam a ideia de que uma regra para ser completa deve prever todas as situação em que se aplica e todas as exceções que lhe cabem. Assim, argumentam que se não for desse modo, a regra estará incompleta. Se o número de exceções que a regra trouxer for demasiadamente alto, conclui-se que se todas as vezes que a regra for citada, tiver que citar também as suas exceções, será algo extremamente trabalhoso e desajeitado.

Portanto, mais claro e preciso será o enunciado de uma regra quando está trouxer consigo todas as suas exceções. Está analogia ilustra bem o exemplo das bolachas. Imagine toda vez que o pai ordenasse algo ao filho, no exemplo acima, teria que repetir a lista de comidas proibidas todas as vezes que emitisse a ordem (bombons, biscoitos, etc.).

As regras ou são aceitas e acatadas ou não. Quando há conflito entre as regras uma deixa de existir para que a outra prevaleça, então, a regra perdedora deve ser mudada ou então abandonada. Não existe a possibilidade de duas regras em conflito participarem do mesmo ordenamento jurídico. A resolução de antinomias jurídicas sugeridas por Bobbio153 só tem fundamento quando as regras já foram postas, ou seja, criadas; mas haverá aqueles casos novos ou difíceis que as regras ainda não os alcançaram, portanto, inexistente no ordenamento jurídico.

Porém, com os princípios, não funciona dessa maneira. Eles não estão hierarquizados nem submetidos uns aos outros, quando há conflito entre eles um dá passagem ao outro sem deixar de existir, portanto, o princípio que ora foi derrotado poderá se sagrar vencedor em outras circunstâncias. Os princípios não são absolutos – são dinâmicos, eles apenas inclinam a decisão

---

[152] MacCormick, Habemas, Luhmann, Günther, etc.
[153] Cf. *Teoria do ordenamento jurídico*, UnB, 6ª ed., 1995, p. 81 ss.

em determinada direção de maneira nem conclusiva, nem absoluta; sobrevivem intactos quando não prevalecem.

Se, segundo a concepção positivista do direito, um juiz tem discricionariedade para solucionar determinado caso utilizando-se de regras (que são estáticas e inflexíveis, pois não acompanham a rápida evolução social), que sob sua ótica melhor se enquadram ao caso, por acreditar que ela seja obrigatória, há de se convir que ele possa estar certo ou errado em sua avaliação pessoal. Ele pode preferir uma regra em prejuízo de outra, isso, agindo de acordo como manda o ordenamento e convicto de sua avaliação pessoal. Ainda assim, sabe-se que nem todos os juízes terão a mesma avaliação de determinado caso e, como consequência, utilizarão a melhor regra que para eles se encaixam ao problema.

Mas se um juiz acreditar que deva solucionar o mesmo caso, só que agora utilizando princípios, ele certamente terá em sua frente uma gama deles e, não diferente das regras, alguns se colidirão com outros. Então, em sua análise pessoal, o juiz preferirá um ou uns princípios em vez de outros e dará maior peso e importância àqueles que foram selecionados. Assim, ele poderá estar certo ou errado em sua avaliação pessoal acerca dos princípios do mesmo modo que poderá estar certo ou errado a respeito das regras.

Dworkin sustenta que a discricionariedade que o positivismo dá aos juízes quando estes vão decidir certos casos não passa de uma tentativa que há muito tempo já foi abandonada. Os juízes, muitas vezes arbitrariamente, utilizam-se dessas regras como pano de fundo para decidirem de acordo com suas vontades ou convicções, e não de acordo com critérios impessoais:

> (...) os juízes com origens econômicas e políticas específicas ou oriundos de tipos específicos de práticas jurídicas, ou adeptos de sistemas de valores específicos, ou com afiliações políticas específicas, tendem a decidir em favor de réus com as mesmas origens sociais e institucionais? Os juízes da Suprema Corte formam blocos que se mantêm unidos quando têm de decidir casos que envolvem raça, sindicatos ou trustes? Essas questões empíricas parecem relevantes, porque se a origem social ou as lealdades preexistentes determinam a decisão de

> um juiz, isso sugere que ele não está seguindo regras. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 10)

E continua ao questionar se:

> (...) os juízes sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e as aplicam retroativamente? (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 8)

Contudo, parece mais razoável afirmar que cada juiz escolhe as suas próprias regras e as justificam através de outras.

2.3. Afinal, o que são os princípios e porque eles são tão importantes no contexto jurídico-político?

Certo de que o legislador é incapaz de prever todos os acontecimentos ou todas as condutas possíveis ao ser humano, a lei não conseguirá acompanhar o ritmo das evoluções sociais[154], por isso, em alguns casos, estará defasada:

> O mundo jurídico nasce, surge, do mundo social. Está contido neste (social) e não pode ser entendido como uma extensão dele, autônomo. Está necessariamente a todo o tempo vinculado a aceitação social. A jurudicização da sociedade veio para organizar o mundo social e não para se apartar dele. (Gilissen, Calouste Gulbenkian, 2011, p. 43)

Assim, em determinadas situações (em especial naqueles casos ambíguos, difíceis ou confusos – Hard Cases) as regras não conseguirão dar um explicação satisfatória, plausível. Por mais que o campo da discricionariedade e da interpretação estejam abertos, as regras ou serão insuficientes (a ponto de não regularem dado caso) ou, por melhor que seja escolhida por um juiz (de acordo com critérios positivistas) ela não conseguirá

---

[154] A dinâmica das relações sociais cresce mais rapidamente que a jurídica. A expansão da fronteira social é mais rápida que a expansão jurídica. Num modelo ideal, o mundo jurídico, por meio do legislador, conseguirá, no máximo, acompanhar essas transformações, nunca estará à frente delas.

justificar de maneira adequada certas decisões. São nessas situações que os princípios ganham relevância.

Eles são versáteis, dinâmicos, e não pré-moldados, hierarquizados e estáticos como as regras. Elas possuem uma solução pronta, os princípios não. Em casos difíceis, como o de Riggs x Palmer, uma decisão tomada de acordo com as regras se mostra inadequada, enquanto utilizando-se de uma argumentação racional e de um juízo de ponderação de princípios ela poderá ser perfeitamente justificada e aplicável. A decisão não fica presa à regra, pelo contrário, vai além dela.

As regras são comandos, elementos indispensáveis a todo ordenamento jurídico. Na maioria dos casos elas antecipam uma decisão que está clara, quer dizer, não existem dúvidas sobre o que se quer resolver. A finalidade da regra quase sempre é proteger e resguardar princípios, ou seja, o legislador ao elaborar uma regra quer materializar que determinadas condutas, baseadas em princípios, devem ser seguidas ou vedadas. Visa-se, então, a elaboração de uma regra para tutelar um princípio, que nesse caso, ganha efetividade e aplicação com a entrada em vigor da regra. A regra em momento algum criou um princípio, apenas o materializou.

É obvio que também há casos, mas que agora não envolvem a insuficiência das regras, e sim um conflito aparente[155] de princípios. Nesses casos é preciso que se faça uma ponderação de princípios.

Ponderação não quer dizer a simples e indistinta escolha entre um ou outro princípio, e sim o confronto, o choque entre eles. Envolve análise, escolha e justificação; e não apenas escolha e justificação.

O choque entre princípios se faz necessário para que eles ganhem força, dimensão e peso, quer dizer, importância[156]. Somente após o choque

---

[155] Conflito aparente não deve ser confundido com conflito real. É aparente antes de uma ponderação, é real depois dela.

[156] Traçando, novamente, um paralelo com a Física, falamos que uma partícula, p. ex., o neutrino, possui massa de repouso igual a zero quando esta se encontra em repouso absoluto, quer dizer, no sistema onde está contida, não causa perturbação alguma. Ela não desfruta de uma das características principais

entre princípios conflitantes, quer dizer, ponderação, é que se escolhe um vencedor. Essa escolha, na verdade, é um sacrifício que o ponderador (um juiz, por exemplo) faz de um princípio em prol do outro. Mesmo após a ponderação, todos os princípios conflitantes continuam sendo válidos. Somente em casos específicos (concreto), que se acabou de ponderar, é que um cede lugar a outro, sem, contudo, deixar de ser válido.

> Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 42)

Entretanto, não se pode afirmar que exista uma ponderação entre regras. Um juiz pode perfeitamente escolher uma regra em vez de outra e justificar sua decisão pautada nessa escolha. Porém, não poderá proceder a uma ponderação entre elas por um motivo óbvio: quando duas regras entram em conflito uma deverá, necessariamente, dar lugar a outra e como consequência, ser modificada ou excluída do ordenamento jurídico conforme os critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade das normas.

Segundo Bobbio:

> Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem

---

que as outras partículas possuem: a massa. Só passa a tê-la quando entra em movimento e, como consequência, passa a ser percebida. Assim, os princípios, se tratados isoladamente, não possuem peso, dimensão ou importância; só passam a gozar desses atributos quando confrontados. É claro que ao final de uma ponderação haverá princípios que se mostrarão mais importantes que outros (mas somente naquele caso específico) sem, em momento algum, ser superior aos outros em todos os casos. Ver, p. ex., princípio da liberdade de expressão *x* princípio da intimidade, em: ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 7 a 12.

> ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá constituir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas). (Bobbio, UnB, 1995, p. 91)

Percebe-se que há essa necessidade de retirada ou modificação de uma regra de um ordenamento jurídico, pois nem todas foram criadas pautadas ou a partir de princípios. Se assim fossem, poder-se-ia ter uma ponderação de regras, já que elas seriam derivações destes, mesmo num segundo momento, pois a regra foi responsável por materializar um princípio notável.

Alexy, a partir da tese da incorporação, sustenta que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios e que eles são elementos necessários a todos os sistemas jurídicos[157].

2.4. Os princípios como fonte das fontes

Como exposto anteriormente, os costumes são caracterizados, primeiramente, como algo que é moralmente aceito e, num segundo instante, pela prática reiterada daquilo que se supõe que deva ser seguido, ou seja, do elemento moral. A soma desses dois elementos caracteriza a formação de um costume. Porém, o que dá ao costume a convicção de obrigatoriedade é o seu elemento subjetivo – ser moralmente aceito, e não o seu elemento objetivo, quer dizer, sua repetição ao longo do tempo. Se assim fosse, um hábito ou um comportamento que é socialmente reprovável poderia se tornar um costume, pois são reiteradas vezes praticados.

A origem de um costume, como dito, não está em sua repetição, e sim em sua aceitação. Afinal, o costume, em sua gênese, ainda não pode ser considerado um costume, pois ainda não foi aprimorado pelo critério temporal. Entretanto, a noção de obrigatoriedade não passa a existir somente com a

---

[157] Cf. ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 86 a 90.

repetição, e sim com o aparecimento do elemento subjetivo. Em outras palavras, existem princípios que estão por trás dessa aceitação moral (a própria aceitação moral é um princípio) e que ao longo do tempo se transformaram em costumes através da repetição. Assim, a gênese de todos eles só podem ser os princípios.

Tem-se, então, que a origem dos costumes são os princípios e, como mostrado anteriormente, esses (costumes) podem ser a origem de várias regras, em especial a lei.

Evidente é a relação lógica na criação e formação das fontes do direito que está ao redor dos princípios. Esses são as causas dos costumes que, por sua vez, são as causas das regras. Ou, em outra análise, os princípios são os geradores diretos de determinadas regras. Contudo, sabe-se que existem regras que foram formadas a partir de outras regras e que essas, também foram geradas de outras e assim sucessivamente. Porém, se for feita uma regressão, regra a regra, chegar-se-á em algum momento que a regra geradora das outras está fundamentada em algum princípio. Quer dizer, em algum momento, o legislador tendo por óbvio a notoriedade de um princípio ou a convicção de que algo deveria ser proibido ou permitido, legislou em favor desses princípios, materializando-os e os tornando em regra a ser observada.

Pode ser que algumas dessas regras tenham se desdobrado em outras, o que não traz problema algum, mas o que se sustenta neste trabalho é que a geração dessas regras primeiras está apoiada em princípios. Em algum momento, mais precisamente em suas origens, elas tiveram como pano de fundo os princípios.

Dworkin sustenta que:

> Contudo, mais uma possibilidade deve ser examinada. Se nenhuma regra de reconhecimento pode fornecer um teste para identificar princípios, por que não dizer que os princípios constituem a última instância e constituem a regra de reconhecimento do nosso direito? (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 71)

Kelsen defende o escalonamento hierárquico das regras e que a origem de todas elas, em seu aspecto jurídico-positivo, encontra respaldo na chamada Regra Fundamental[158]. Hart, de maneira análoga, defende a existência de regras primárias que encontram amparo em uma regra secundária fundamental, conhecida por Regra de Reconhecimento[159]. Assim, ao se fazer a regressão acima proposta, conclui-se que a Regra Fundamental de Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Hart ou são princípios ou estão apoiadas neles.

O Código Penal brasileiro em seu artigo 121 assim prescreve: *Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos*. Essa prescrição é de ordem lógica, pois já está subentendido que todos saibam que não se deve retirar a vida de outrem. Por que, então, não foi prescrito da seguinte forma: *É proibido matar: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.?* Tem-se, como imperativo lógico, que a conduta de se matar alguém é algo proibido e implícito a todos. Toda pessoa em seu estado mínimo de consciência e capacidade mental sabe, mesmo que inconscientemente, que matar alguém é uma conduta proibida. É algo abominável às outras pessoas e, que por isso, não se deve matar. Assim, o legislador, apoiando-se no princípio de que não se dever matar outrem, poupa a sociedade do óbvio, e em vez de prescrever que é proibido matar (o que todos de uma maneira ou outra já sabem), prescreve diretamente a pena para quem matar. Quer dizer, o legislador acredita que todos sabem que determinadas condutas são proibidas.

Igualmente é quando o legislador prescreve no art. 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que *ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*. Está claro que o artigo 3º baseia-se em um princípio (na verdade, ele é um princípio!). Se assim não fosse, todos poderiam alegar desconhecimento da lei para se safarem de seus delitos.

---

[158] Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
[159] Cf. HART, Herbert L. A. O *conceito de direito*. 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

4. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Conforme exposto acima, os princípios são as fontes das fontes, pois, novamente, vinculam e orientam os costumes e as leis, sendo estas manifestações lógicas e imediatas daqueles.

Comentar-se-á, agora, a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, ou melhor, sobre o princípio da dignidade humana.

Tem-se no princípio da dignidade humana duas estruturas peculiares que merecem ser comentadas. A primeira delas é a que trata a dignidade humana como um princípio, e a segunda refere-se à própria dignidade em si.

Quanto à primeira estrutura não resta dúvida de se tratar realmente de um princípio – não em si, e não também pelo motivo de os mais variados ordenamentos jurídicos lhe imputarem essa qualidade, mas, justamente, pelo caráter abstrato e condicionante que se reveste a dignidade humana e pelo esvaziamento ou prejudicialidade que teriam os mesmo (ordenamentos) caso não o tivessem como centro inspirador.

Quanto à segunda estrutura, parece um equívoco dizer dignidade da pessoa humana, pois, *a priori*, toda pessoa é humana. Somente as pessoas, obviamente, humanas, são, segundo Kant, merecedoras de dignidade.[160]

Talvez por força do hábito (repetição), ou pelo fato de estudos de direito comparado terem importado a expressão para o ordenamento brasileiro, esse termo (dignidade da pessoa humana) tenha se firmado como está. Melhor, então, é utilizar dignidade humana, em vez de dignidade da pessoa humana.

Assim, nada se perde em conteúdo ao se referir à forma reduzida da expressão. Opta-se, daqui em diante, utilizar apenas a forma reduzida em vez da variante pleonástica redundante.

Entretanto, como afirmado, o princípio da dignidade humana não pode ser confundido como um princípio em si. Trata-o dessa forma por hábito, convenção ou comodidade. Deve-se encará-lo como a expressão, um

---

[160] Cf. KANT, Emmanuel. Fondements de La Métaphysuque des Moeurs, p. 104.

resultado, um reflexo, uma consequência imediata, de condutas que atinjam diretamente o conjunto de valores que por ele é tutelado, pois, não sendo tecnicamente um princípio em si, não existe a possibilidade de atacá-lo diretamente, a não ser, somente, por via reflexa.

Quando o princípio da dignidade humana é ofendido, na verdade o que se ofende, primeiramente, são institutos (valores) que são por ele resguardados como, por exemplo: a vida, a liberdade, a igualdade, a integridade física, psíquica ou moral, a autonomia da vontade, etc. A consequência imediata dessa ofensa é o desrespeito à própria dignidade do homem, que se dá, porém, secundariamente. Quer dizer, o princípio da dignidade humana é o manto que resguarda e reveste um conjunto de princípios fundamentais que, sem os quais, a espécie humana (o homem) não poderia subsistir, nem como espécie animal, nem como ente (pessoa).

Atingir a vida, a liberdade ou a integridade física de outrem é o mesmo que atingir a própria dignidade, não importando se os valores ora atacados os foram em conjunto ou isoladamente. Em outras palavras, o princípio da dignidade humana é um conjunto, a soma de vários outros princípios que dão conteúdo a forma, que tem um caráter amplo, denso e genérico. Encontram-se, nessa generalidade, múltiplas aplicações e, em contrapartida, várias críticas.[161]

4.1. Os dois lados da dignidade humana

Posto isso, passa-se a examinar o princípio da dignidade humana sob dois enfoques. O primeiro é aquele em que a dignidade é vista como a

[161] O princípio da dignidade humana é alvo de inúmeras críticas devido ao seu caráter abstrato e, principalmente, genérico. Não são poucas as vezes que ele é também chamado de princípio coringa, multiuso ou, até mesmo, Bombril (1001 utilidades). Como será mostrado à frente, é um equívoco pensar assim, pois esse entendimento ou é devido à falta de uma argumentação consistente que o explique e faça-o ser aplicado ou pela resistência que alguns forçam para não compreendê-lo.

dignidade do Homem – inerente a espécie humana, ao indivíduo[162]; o segundo é o que analisa a dignidade como aquela relativa à pessoa.

Certo de que a dignidade humana pode se referir tanto a do Homem quanto a da pessoa, torna-se inevitável fazer esta distinção.

A dignidade do Homem é tida como o conjunto de princípios universalmente aceitos que são indiscutíveis e atemporais, revestem-se de um caráter abstrato, porém, absolutos. Quer dizer, são valores sem os quais o homem deixaria de ser caracterizado como tal. Faz parte da essência humana, confundindo-se, todavia, com os próprios direitos humanos e, até mesmo, com os próprios direitos fundamentais.

A dignidade do homem não se identifica com a dignidade no homem, ou seja, da pessoa. A primeira ampara direitos, tais como: vida, liberdade, igualdade, integridade física; sendo, portanto, coletiva, indisponível e imutável. É reconhecida imediatamente ao ser afrontada.

Por exemplo, não existem dúvidas quanto ao direito de proteção à vida. Quem é o princípio e quem é a regra nesse caso. A vida ou a proteção? Existe o princípio de proteção? É claro que não. Isso é uma falácia! Pois a proteção, que nesse caso funciona como regra, é uma consequência obvia e imediata que resguarda um princípio, qual seja: a vida. É dessa regra que reveste o princípio que se tem o direito a vida. O direito não é de proteção, e sim o de ter a vida protegida! A proteção, como vista, é regra; portanto, secundária.

Entretanto, a vida ao ser ameaçada, ameaça-se também a própria dignidade humana. Irrelevante, nesse caso, se é a do homem ou no homem.

Imagine que exista um país onde haja a prática milenar de sacrificar aos “deuses” todos os primogênitos quando estes completarem um ano de vida. Ou que, em outro país, seja permitida a prática do aborto em quaisquer circunstâncias. Está claro que nos dois exemplos há, flagrantemente, ofensa a

---

[162] DaMatta define o indivíduo como aquele sujeito que é igual a todos os outros, que não pode ser diferenciado no conjunto em uma coletividade e não sofre diferenciação por características próprias. DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 54.

dignidade humana. Nesses casos, qualquer argumentação a favor ou contra é desnecessária e irrelevante. Como dizem: a violação "está na cara". O princípio da dignidade humana visa proteger, contra tudo e contra todos, aqueles valores fundamentais sem os quais o homem deixa de ser considerado como tal.

Já a dignidade da *pessoa* (no homem/mulher) é aquela de caráter intrínseco, relativa a cada um, e que se desenvolve segundo aspectos econômicos, culturais, territoriais, morais, etc., varia de ordenamento para ordenamento, e de pessoa para pessoa sendo, portanto, individual, mutável e, às vezes, afastável. Nesse prisma, entende-se que a dignidade da pessoa é algo inerente a ela mesma e que flui de dentro pra fora. É a busca por reconhecimento e respeito, confundindo-se com o próprio direito subjetivo.

Nessa sentido, o termo *pessoa* é pela primeira vez definido por Boécio, em seu tratado *Contra Euthychen et Nestorium*, nos seguintes termos: "*naturae rationabilis individua substantia*".[163]

Roberto DaMatta define como *pessoa* aquele sujeito capaz de ser identificado, que pode ser colocado numa condição de exigir algo (respeito e direitos), enfim, como superior a outra pessoa ou a outro indivíduo, hierarquizando e dinamizando as relações sociais, bem como causando sua saída do anonimato quando necessário. [164]

Explica-se, assim, o porquê de os judeus não se sentirem ofendidos, ou melhor, não terem sua dignidade afrontada quando são circuncidados, ou quando os lutadores de MMA combatem entre si. Por mais que outras pessoas considerem um absurdo a prática desses atos, a própria pessoa em si não se sente constrangida.

Observe que nos casos de afronta a dignidade da *pessoa* sempre cabe uma argumentação, novamente, a favor ou contra. Já nas situações de afronta a dignidade do *homem* nenhuma argumentação será possível.

---

[163] Substância individual de natureza racional.
[164] DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 55.

Óbvio, porém, que não será a figura do legislador que definirá quais os valores e princípios que serão parte da dignidade do homem e quais serão parte da dignidade da pessoa. Essa apartação sempre será extensiva, nunca taxativa.

É justamente na falta de critérios objetivos que paira o princípio da dignidade. Justamente por esta razão que ele se torna genérico, abstrato e ilimitado.

CONCLUSÃO

Mas há sentido em dizer que fontes materiais não vinculam enquanto as formais vinculam? Esta pergunta pode ser respondida de duas formas: sim e não. Sim, se considerarmos o nosso modelo jurídico (sistema) como aquele que acompanha tendências positivistas de encarar o Direito, e que o princípio da legalidade se sobreponha a outros princípios e aos costumes, sendo, portanto, a lei a primazia do Direito. Porém, essa tendência não se coaduna com a visão proposta pela ponderação de princípios, visto que só há sentido em se dizer da prevalência de um princípio sobre o outro quando eles se confrontam em um caso concreto, e que apenas princípios podem ser ponderados. E não, se tratarmos o nosso sistema jurídico como aquele que não possui uma hierarquia entre as fontes do direito e, em especial, entre os princípios.

Se tratarmos também o nosso modelo como sendo aquele que segue e acompanha uma das visões jusnaturalistas que diz: *o Direito não é idêntico à totalidade das leis escritas*. (Robert Alexy apud Radbrush, 2009, p. 85), chega-se a conclusão de que a pergunta acima proposta, na verdade se inverte, e pode-se concluir que são as fontes materiais primeiras (princípios) é quem vinculam e guiam as demais fontes (secundárias). Assim, a lei, os costumes, a doutrina e a jurisprudência são meras expressões/derivações lógicas dos

princípios. Estão ligados a eles (princípios) a todo instante. Como argumentado, a raiz deles são os princípios.

Notadamente, a sociedade, dia a dia, torna-se mais complexa e mais instável e os modelos jurídicos (ordenamentos) que se baseiam primordialmente em regras já não são mais suscetíveis. Em outras palavras, já estão sucumbidos ou não conseguem acompanhar a rápida transformação social.[165]

Contudo, torna-se necessário que outros padrões, que não estejam calcados apenas em regras, sejam estabelecidos. É preciso, assim como outrora a codificação, a legislação e a normatização foram de extrema importância e necessidade para a sociedade, que haja uma nova maneira de se reinventar e interpretar o Direito. Que essa nova visão tenha maiores efeitos e alcance por meio dos princípios.

Finalmente, observa-se o caráter amplo e abrangente que é dado ao princípio da dignidade humana. Não é por menos, pois guarda valores tão importantes e que se confrontam a todo instante devendo, entretanto, não ser nada fácil a sua compreensão e definição. É necessário que ele tenha esse caráter elástico e dinâmico, pois somente assim poderá acompanhar as infinitas e invariáveis transformações sociais. Toda via, como exposto acima, é

---

[165] Em nenhum momento neste artigo se pretendeu desconstruir a idéia positivista do direito em relação às regras, em especial às leis. Procurou-se demonstrar que esse modelo de regras que foi imposto pelos mais variados ordenamento jurídicos atuais é insuficiente, o que não quer dizer que eles sejam inválidos ou falhos em todas as situações. Muitos erros são cometidos pelos juízes por se sentirem amarrados às leis, e que essas os impedem (a não ser em casos extremos) de realizarem um julgamento valorativo e discricionário para decidir caso a caso. Num paralelo semelhante, quando a Mecânica Newtoniana começou a falhar e foi substituída (não integralmente) pela Mecânica Quântica (Einstein, Planck, Heisenberg, Schrödinger Bohr, etc.) não significou que Newton e os demais estavam errados e que sua teoria tivesse que ser abandonada. Pelo contrário, significou que em determinados eventos da natureza, em particular no mundo atômico, a Mecânica Newtoniana falha, mas sem deixar de ser verdadeira e aplicável em outros casos. Assim, também, acontece no mundo jurídico, em relação aos *Hard Cases*. O afastamento deverá acontecer nesses casos mais complexos e ser sucedido por modelos que melhor representam a realidade. Assim como foi difícil para a Igreja Católica – em especial para os inquisicionistas, aceitarem as novas idéias de Giordano Bruno e Galileu Galiei; também foi difícil para os amantes da Mecânica Clássica abandonarem as suas idéias e embarcarem em um mundo desconhecido. Porque, então, será diferente com o mundo jurídico aceitar que os princípios são as causas primeiras e fundamentais de todos os ordenamentos?

necessário que seja sempre revelado, quer dizer, que se aponte, de fato, aquilo que é afrontado e que está abrigado por seu manto. Assim, somente através de uma argumentação racional, sustentada por princípios, que a própria dignidade humana resguarda, é que ela poderá prosperar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____________. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

_____________. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica, 2ª ed., São Paulo: Forense, 2011.

AUSTIN, John; CAMPBELL, Robert. Lectures on Jurisprudence, Or, The Philosophy of Positive Law, Harvard University: Henry Holt, 1875.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 6ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_________________. O Positivismo Jurídico – Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 3ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_________________. *Uma questão de princípio*, 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

_________________. *O império do direito*, 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_________________. *A justiça de toga*, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 6ª ed., Calouste Gulbenkian, 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 20ª ed., São Paulo: Forense, 2010.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KANT, Emmanuel. Fondements de La Métaphysuque des Moeurs.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____________. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1938.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*, 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

MARCONDES, Danilo. Iniciação a história da filosofia – Dos pré-socráticos a Wittgenstein, 13ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

MIRANDOLA, Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem.* Porto: Areal Editores, 2005. 112 p.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: A sociedade como sistema*, 1ª ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, 1ª ed., Bauru – SP: EDIPRO, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 6. ed. 164 p.

SOBOTA, Katharina. “*Don’t Mention the Norm*!”. International Journal for Semiotics of Law, IV/10, 1991. Trad. João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife.

A DIGNIDADE HUMANA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Virgínia Motta Sousa [166]

INTRODUÇÃO

Por se tratar de qualidade intrínseca a todo e qualquer ser humano, a relevância e atualidade do tema sobre a dignidade da pessoa humana acompanha a própria existência humana, constituindo-se a proteção desse princípio em meta permanente da humanidade.

No entanto, muito se discute sobre a defesa e concretização dos direitos fundamentais, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, mas pouco se menciona sobre a existência de abusos na utilização deste princípio no discurso jurídico.

O presente artigo buscará o debate sobre a existência de abusos na utilização do princípio da dignidade humana na argumentação jurídica e suas consequências na atuação da jurisdição constitucional.

Para tanto, em um primeiro momento, nos limitaremos a apresentar o conceito e o tratamento dado ao princípio da dignidade da pessoa humana pela jurisdição constitucional brasileira.

Em seguida observaremos o posicionamento de alguns autores sobre o tema da legitimação das decisões judiciais que envolvem o princípio da dignidade da pessoa humana e a existência de abusos na utilização do princípio.

Posteriormente, efetuaremos uma análise crítica sobre as doutrinas apresentadas a fim de tentarmos indicar que teoria seria capaz de se adequar às decisões que envolvem o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

[166] Advogada; Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; Integrante do grupo de pesquisa JCDF do Instituto Brasiliense de Direito Público.

1. CONCEITO JURÍDICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O valor normativo supremo da Constituição é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política.[167]

> Hoje é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina denominam neoconstitucionalismo.[168]

Luis Roberto Barroso aponta como marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália.[169]

> A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.[170]

---

[167] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.
[168] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.
[169] BARROSO, Luis Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238.
[170] BARROSO, op.cit., p. 239.

Após os movimentos de codificação, descodificação e recodificação pelos quais passou o Direito Civil dos países europeus, estes têm procurado uma saída entre o legalismo do início do século XIX e o positivismo construtivista da segunda metade deste século e do século XX, através de um despertar para as valorações e do sentido social do Direito.[171]

Os pontos principais desse "despertar" são a preocupação pela Justiça da decisão e pela proteção da parte mais fraca, tendo a cláusula geral (enquanto critério valorativo) como seu instrumento prioritário, destacando-se entre estas a proporcionalidade.

Em um sentido mais valorativo e social verifica-se uma tendência nos países de *civil law* para o abandono da ilusão de que apenas os artigos das leis resolveriam tudo e para o enquadramento por cláusulas gerais para a extração da solução adequada ao caso concreto, o que requer progresso na formação jurídica.[172]

No Brasil, o renascimento do direito constitucional coincide com o ambiente de reconstitucionalização do país, no momento das fases de discussão, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.

Para Luis Roberto Barroso:

> Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.[173]

O novo direito constitucional tem como marco filosófico o pós-positivismo. Sua característica atual é assinalada pela superação dos modelos

---

[171] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Panorama e Perspectivas do Direito Civil na União Européia**. Universidade de Lisboa, Lisboa, p.20.
[172] ASCENSÃO, op.cit., p.20.
[173] BARROSO, Luis Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 239.

puros do jusnaturalismo e do positivismo, por um conjunto difuso e abrangente de ideias agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto.[174]

> No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia.[175]

Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico.[176]

O princípio da dignidade da pessoa humana acompanhou essa evolução, e sua garantia ocupa um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, o que é demonstrado por sua qualificação como valor fundamental da ordem jurídica para as ordens constitucionais que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito.[177]

O elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido à matriz kantiana, centrando-se na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa humana.[178]

Defende-se que a dignidade humana, como outros valores e princípios jurídicos de categoria axiológica aberta não pode ser conceituada de maneira

---

[174] BARROSO, op.cit., p. 239.
[175] BARROSO, op.cit., p. 240.
[176] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.
[177] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 48.
[178] SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p. 56.

definitiva, tratando-se de um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento.[179]

Essa também é a dificuldade encontrada na tentativa de definição do conceito jurídico-normativo do conteúdo da dignidade da pessoa humana, que como outros conceitos de conteúdos vagos e abertos, "reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais".[180]

Ingo Sarlet defende que apesar da dificuldade, não se deve abandonar tal tarefa, pois, além da impossibilidade de escusa por parte da jurisdição constitucional em decidir as questões que lhe são propostas, "a transformação da dignidade em uma espécie de tabu, somada à tentação de se identificar apenas em cada caso concreto o seu conteúdo, pode resultar em uma aplicação arbitrária e voluntarista da noção de dignidade".[181]

Já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente, a dignidade pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo ser criada, concedida ou retirada, embora possa ser violada, sendo necessária a busca por seu conceito exatamente para que se possa aferir e coibir a existência de ofensas.[182]

Segundo Günter Dürig:

> Cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda. [183]

Ingo Sarlet define a dignidade humana como:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e

---

[179] SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p. 51-52.
[180] SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p. 52.
[181] SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p. 52.
[182] SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p. 53.
[183] Citado por SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 55.

> consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.[184]

Importa mencionar que o próprio autor ressalta que se trata de uma proposta conceitual que deve ser sempre testada à luz da relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais.[185]

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Em que pese, em um Democrático de Direito seja de se esperar que as ações estatais raramente firam a dignidade da pessoa humana, no Brasil, há a tendência de se considerar como afronta a essa garantia muitos dos casos de restrição a direitos fundamentais, sendo que apenas nos seis primeiros meses de 2005, pelo menos nove decisões proferidas pelo STF teriam apontado alguma ofensa à dignidade humana.[186]

> Diante disso, pode-se dizer que ou a dignidade humana é, no Brasil, constantemente desrespeitada, ou tal garantia tem servido como uma espécie de enorme 'guarda-chuva', embaixo do qual diversas situações, que poderiam ser resolvidas por meio do recurso a outras garantias constitucionais e até mesmo infraconstitucionais, acabam sendo amontoadas em busca de proteção. [...] Há casos em que, *independentemente do conceito e da abrangência que se dê à dignidade humana* protegida pelo art. 1º, III, da constituição, e independentemente

---

[184] SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p. 73.
[185] SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p. 73.
[186] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2010, p. 193.

> da situação social do país, fica razoavelmente claro que o recurso a essa garantia constitucional era desnecessário.[187]

Virgílio Afonso da Silva afirma que como uma diretriz geral em todos esses casos, havia a possibilidade do recurso à utilização de vários outros direitos pelo aplicador do direito, e até de maneira melhor fundamentada, sem que houvesse a necessidade de se recorrer à garantia constitucional da dignidade humana.[188]

São inúmeros os casos nos quais se recorre à dignidade da pessoa humana para fundamentar decisões como “o direito ao nome”; para decidir sobre inconstitucionalidade da transformação de taxistas autônomos em permissionários; para refutar a instauração de inquérito; ou, ainda, para negar a possibilidade de exame compulsório de DNA.[189]

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. [...]. 3. **O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível**, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. [...]. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. [...]. (RE 248869, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 12-03-2004 pp-00038, Ement Vol-02143-04, pp-00773). (grifo nosso).

---

[187] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2010, p. 193-194.
[188] SILVA, Virgílio Afonso da. op.cit., p. 194-195.
[189] SILVA, Virgílio Afonso da. op.cit., p. 194-195.

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PRÁTICA DE ATOS - REGÊNCIA. A Administração Pública submete-se, nos atos praticados, e pouco importando a natureza destes, ao princípio da legalidade. TAXISTA - AUTONOMIA - DIARISTA - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - TRANSFORMAÇÃO - LEI MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO Nº 3.123/2000 - CONSTITUCIONALIDADE. **Sendo fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana**, o exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem. O credenciamento de profissionais do volante para atuar na praça implica ato do administrador que atende às exigências próprias à permissão e que objetiva, em verdadeiro saneamento social, o endosso de lei viabilizadora da transformação, balizada no tempo, de taxistas auxiliares em permissionários. (RE 359444, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2004, DJ 28-05-2004 PP-00007 EMENT VOL-02153-07 PP-01261) (grifo nosso).

EMENTA: [...] Habeas corpus ajuizado em favor de gerente de agência do Banco do Brasil S.A., em face de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Crime de desobediência. [...] 6. **A mera instauração de inquérito, quando evidente a atipicidade da conduta, constitui meio hábil a impor violação aos direitos fundamentais, em especial ao princípio da dignidade humana.** 7. Ausência de proporcionalidade. 8. Ausência de tipicidade. 9. Ausência de dolo. 10. Ausência de justa causa. 11. Sentença nula. 12. Ordem deferida. (HC 82969, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/09/2003, DJ 17-10-2003 PP-00037 EMENT VOL-02128-02 PP-00254) . (grifo nosso).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". **Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana**, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (HC 71373,

> Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397). (grifo nosso).

Em uma pesquisa jurisprudencial junto ao banco de dados do Supremo Tribunal Federal utilizando como palavra-chave a expressão “dignidade da pessoa humana” referente ao período de 01/01/2012 a 31/12/2012 obtivemos 27 acórdãos, além de 295 decisões monocráticas e 05 decisões da Presidência, nos quais se recorreu ao princípio da dignidade da pessoa humana para os mais variados litígios, tais como ações nas quais se pretendia o recebimento de férias-prêmio, gratuidade de transporte para pessoas com deficiência mental, trancamento de ação penal por inépcia da denúncia, absolvição imprópria quando comprovada a inimputabilidade do agente, fixação pelo poder executivo dos preços dos produtos derivados da cana-de-açúcar abaixo do preço de custo, entre outros, o que pode reforçar a demonstração dessa tendência na jurisprudência brasileira como alertado por Virgílio Afonso da Silva. [190]

3. CRISE DE LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE ENVOLVEM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (?)

O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional tem como fundamento o problema da legitimidade de um julgador não eleito pelo povo controlar a decisão da maioria parlamentar. Isto porque a lei encontra sua

---

[190] Acórdãos pesquisados: ARE 696263 AgR; AI 847845 AgR; HC 113007; RE 640135 AgR; RE 648622 AgR; HC 107108; HC 105437; HC 112206; RE 607562; AI 850017 AgR; HC 113611; RE 596478; HC 91867; RE 632644 AgR; HC 110844; Inq 3412; MS 28720; HC 111482; HC 85000; MS 25568; HC 103362; ADI 2937; Inq 2131; ADC 29; ADC 30; ADI 4578; HC 110417.

legitimidade na vontade popular que elegeu o seu elaborador - isto é, na técnica representativa.[191].

Para Marinoni é imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão: "Quando se pergunta sobre a legitimidade da jurisdição está presente a questão do contra-majoritarismo, pois se deseja saber como a decisão do juiz, ao afirmar a norma constitucional ou o direito fundamental, pode se opor à norma editada pelo parlamento".[192]

Desta forma, desloca-se o referencial de legitimidade do sujeito para o procedimento e para explicar a legitimidade da decisão, aparecem as teorias procedimentalistas e substancialistas:

> As teorias procedimentalistas buscam dar legitimidade à jurisdição destacando seu papel de reforço do processo democrático de elaboração da lei, enquanto que as substancialistas dão ênfase ao conteúdo material dos preceitos constitucionais, advindo a legitimação da jurisdição do fato de os juízes aplicarem as cláusulas amplas da Constituição de acordo com uma concepção atraente dos valores morais que lhes servem de base.[193]

As teorias procedimentalistas ganham espaço pelo alerta que fazem da judicialização da política (ativismo judicial) e defendem que, diante da natureza aberta das normas constitucionais, não se deve dar ao juiz o poder de escolher os valores substanciais nela contidos, sob pena de se incentivar uma tirania por parte dos tribunais.

A jurisdição teria "apenas" a função de assegurar a efetiva participação do povo no poder e a participação política das minorias, ao corrigir os desvios no decorrer do processo de representação popular.

---

[191] Roberto GARGARELLA, citado MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional**. Artigo publicado na Revista dos Tribunais ano 95, volume 852, outubro de 2006, São Paulo, Ed. RT, p. 21.

[192] MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional**. Artigo publicado na Revista dos Tribunais ano 95, volume 852, outubro de 2006, São Paulo, Ed. RT, p. 26.

[193] MARINONI, Luiz Guilherme. op.cit., p. 27.

Na acepção de Habermas as teses procedimentalistas apontam que uma jurisdição constitucional interventiva "coloniza" o mundo da vida. "Seu problema fundamental seria procurarem colocar no procedimento o modo (ideal) de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa".[194]

> Visto desse modo, o procedimento acaba sendo uma espécie de novo "princípio epocal", na tentativa de superar aquilo que na fenomenologia hermenêutica podemos denominar "diferença ontológica", afastando qualquer possibilidade de intervenção substantiva-subjetiva, uma vez que cala o "resultado" final nos "valores adjetivos". Afinal, como afirma Luhmann, nas sociedades complexas a natureza das decisões deve ceder lugar aos procedimentos, que generalizam o reconhecimento das decisões; os procedimentos (processo legislativo e o próprio processo judicial) tornam-se a garantia de decisões que terão aceitabilidade.[195]

Marinoni afirma que nas teorias substancialistas o fim da decisão seria a concretização dos valores contidos nas normas constitucionais, particularmente nos direitos fundamentais, e que o grande problema seria a definição de tais valores e o que seria necessário para permitir à jurisdição atuar de modo racionalizado diante dos casos concretos tendo em vista a natureza aberta e indeterminada dos direitos fundamentais.[196]

No Brasil muitos juristas são adeptos das teses substancialistas defendendo uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, questão que assume maior visibilidade em face da inefetividade da Constituição e da omissão dos poderes executivo e legislativo na execução de políticas públicas, circunstância que demanda a utilização dos mecanismos (ações constitucionais, controle de constitucionalidade, etc.) aptos à realização dos direitos substantivos previstos na constituição.

---

[194] STRECK, Lenio. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2006, p.13.
[195] STRECK, Lenio. op.cit., p.14.
[196] MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional.** Artigo publicado na Revista dos Tribunais ano 95, volume 852, outubro de 2006, São Paulo, Ed. RT, p. 29.

Assim importa definir de que modo o direito fundamental vincula o juiz ou de que forma o juiz deve se posicionar ao tratar do direito fundamental diante da decisão política emitida na lei pelo legislador.

Para Marinoni, os direitos fundamentais se relacionam com normas restritivas e conformadoras, sendo que as primeiras restringem ou limitam posições que estão inseridas no âmbito de proteção do direito, enquanto que as normas conformadoras, em sentido oposto, têm o objetivo de densificar e concretizar o direito fundamental.[197]

> A teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela devida pelo legislador, facilita muito a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais. A questão passa a dizer respeito à possibilidade de se entender que o juiz pode suprir a omissão de tutela do legislador aos direitos fundamentais. Como os direitos fundamentais trazem ao Estado o dever de protegê-los, a omissão de proteção, ao ser detectada no processo jurisdicional, obriga o juiz a supri-la. Ou seja, no caso de inexistência ou insuficiência da proteção normativa, o juiz deve outorgar a tutela do direito fundamental[198].

Em que pese defenda que na omissão ou insuficiência do legislador o juiz deve suprir a omissão, Marinoni alerta que “a ação do juiz, no suprimento de uma omissão legislativa não tem a mesma amplitude da ação do legislador [...]. Ao juiz cumpre apenas o controle da insuficiência, não pode ele ir além disso”.[199]

Marinoni demonstra também ser partidário da argumentação como fator de legitimação:

> O controle da lei a partir dos direitos fundamentais não significa que a jurisdição tem o poder de dizer o que o legislador deve fazer, mas sim que a jurisdição tem o poder-dever de argumentar e convencer a sociedade quando surge a

---

[197] MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional.** Artigo publicado na Revista dos Tribunais ano 95, volume 852, outubro de 2006, São Paulo, Ed. RT, p. 30.

[198] MARINONI, Luiz Guilherme. op.cit., p.31.

[199] MARINONI, Luiz Guilherme. op.cit., p. 31.

> divergência sobre se uma decisão do legislador se choca com um direito fundamental. O controle jurisdicional da lei e dos procedimentos judiciais se mostra plenamente legítimo quando se percebe que a jurisdição possui o dever de lançar mão de uma argumentação racional capaz de convencer a sociedade no caso em que aparece a desconfiança de que a decisão do parlamento toma de assalto a substância identificada em um direito fundamental.[200]

Por outro lado, como defensor do procedimentalismo, Habermas recusa peremptoriamente tanto o processo hermenêutico de aplicação de normas como se fossem valores, como critica duramente o enfoque monológico e hercúleo de “um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade” como o defendido por Dworkin.[201]

Em consequência da sua concepção do direito como meio de integração social e de mediação entre mundo da vida e sistemas, entre faticidade e validade, Habermas defende um paradigma jurídico procedimentalista contra o que chama de “paradigma liberal” (que defende a supremacia da autonomia privada e tem o direito como um instrumento para sua defesa) e de “paradigma do Estado de direito” (que salienta a autonomia pública e tem o direito como um meio no qual ela pode se desenvolver).[202]

A legitimidade do direito teria como fundamento “um arranjo comunicativo” no qual a ordem jurídica pressupõe a cooperação de sujeitos que se reconhecem reciprocamente como participantes do direito, livres e iguais, ou seja, a autonomia pública dos parceiros de direito seria cooriginária à sua autonomia privada.[203]

---

[200] MARINONI, Luiz Guilherme. op.cit., p. 37.

[201] Jürgen HABERMAS, citado por MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional**. Artigo publicado na Revista dos Tribunais ano 95, volume 852, outubro de 2006, São Paulo, Ed. RT, p.16-17.

[202] HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade.** vol. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 1997, p. 121.

[203] HABERMAS, Jurgen. op.cit., p.121.

Para Habermas, “a controvérsia dos constitucionalistas americanos em relação à legitimidade da jurisprudência constitucional segue mais na linha politológica do que na da metodologia do direito”.[204]

> No discurso sobre a divisão entre tribunal constitucional e legislador democrático, os espíritos se dividem, principalmente na avaliação do processo legislativo e na questão da racionalidade que a constituição atribui a esse processo, a qual pode ser formulada da seguinte maneira: em que deve consistir essa racionalidade em geral? Mesmo tendo como pano de fundo ideias empíricas, a teoria do direito toma o aspecto normativo para discutir o modo como a controversa relação entre os dois poderes foi considerada na tradição constitucional americana.[205]

Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma “noção de cultura”, mas sim em uma “nação de cidadãos”. [...].[206]

A racionalidade das decisões seria alcançada através da teoria do discurso e de uma democracia deliberativa, cabendo aos Tribunais constitucionais sua limitação à função de compreensão procedimental da Constituição, “isto é, limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito”.[207]

> Em oposição à Habermas, Lenio Streck afirma que tais fatores denotam a fragilidade e certo grau de utopia nas teses procedimentalistas, que estariam longe de conseguir estabelecer condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, em que a primazia (ainda) é a de proceder à inclusão social.[208]

---

204 HABERMAS, Jurgen. op.cit., p.330.
205 HABERMAS, Jurgen. op.cit., p.330.
206 STRECK, Lenio. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2006, p. 19.
207 STRECK, Lenio. op.cit., p. 19.
208 STRECK, Lenio. op.cit., p.15.

Afirma ser adepto das teorias substancialistas por entender ser difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países de modernidade tardia como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, mesmo passados dezoito anos da promulgação da Constituição, o que exige uma teoria da constituição adequada às suas especificidades e uma atuação interventiva da jurisdição constitucional, sem cair no "ativismo judicial", e entende que seria muito pouco destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental habermasiano".[209]

O órgão encarregado da jurisdição constitucional deveria atuar levando em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias.

Na análise específica do princípio da dignidade da pessoa humana, Virgílio Afonso da Silva, entende que este pode ser observado em dois âmbitos: como "recurso à dignidade como conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais", conhecida como teoria absoluta, e como "posição diferenciada desse direito nos modelos que defendem um conteúdo essencial relativo", conhecida como teoria relativa[210].

Segundo o jurista Vieira de Andrade:

> [...] o limite absoluto do conteúdo essencial dos direitos fundamentais – consagrado, no caso da constituição portuguesa, no art. 18º, 3 – seria a dignidade da pessoa humana". A dignidade da pessoa humana seria a base dos direitos fundamentais e o "princípio da sua unidade material[211].

Vieira de Andrade ainda afirma que:

---

[209] STRECK, Lenio. op.cit., p.15.

[210] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2010, p. 192.

[211] Citado por SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2010, p. 192.

> Se a existência de outros princípios ou valores (inegáveis numa Constituição particularmente marcada por preocupações de carácter social) justifica que os direitos possam ser restringidos (...), a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos, liberdades e garantias, tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição.[212]

Esse entendimento apresenta dois problemas. Inicialmente um problema metodológico, pois se o conteúdo essencial absoluto de todos os direitos fundamentais é a dignidade, apenas a dignidade possuiria um conteúdo essencial absoluto e os demais direitos apenas um conteúdo essencial relativo, e por consequência, passível de restrição completa em alguns casos concretos. [213]

O segundo problema, que para Virgílio Afonso da Silva não é apenas hipotético, estaria no risco de uma "hipertrofia da dignidade e da consequente absolutização de todos os direitos fundamentais", e para tanto cita o exemplo do Brasil.[214]

A dignidade humana impõe também um desafio aos modelos que defendem uma posição diferenciada desse direito no sentido de um conteúdo essencial relativo, haja vista a dificuldade sobre a possibilidade do princípio da dignidade ser objeto de sopesamento.

Nesse caso Robert Alexy apresenta uma estrutura diferenciada para a garantia da dignidade, defendendo que a dignidade seria, ao mesmo tempo uma regra e um princípio, o que equivaleria a aceitar que a dignidade humana possui um conteúdo essencial absoluto, caracterizado pela "parte regra" da norma que garante esse direito, enquanto a "parte princípio" da norma teria a mesma estrutura dos demais princípios, e portanto, passível de relativização, quando presentes fundamentos suficientes para tanto.[215]

---

[212] Citado por SILVA, Virgílio Afonso da. op.cit., p. 192.
[213] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2010, p. 192.
[214] SILVA, Virgílio Afonso da. op.cit., p. 193.
[215] Citado por SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2010, p. 201.

Para Virgílio Afonso da Silva, embora a ideia de garantir uma barreira intransponível no direito considerado por muitos como o que fundamenta todos os outros seja defensável, a proposta apresentaria os mesmos problemas relacionados às teorias absolutas, razão pela qual entende que a dignidade possui as características de todos os princípios no que se refere a um conteúdo essencial relativo, "a não ser nos casos em que a própria constituição, em normas com estrutura de regra, defina condutas absolutamente vedadas nesse âmbito".[216]

Nesse sentido o jurista afirma que:

> A principal delas seria, sem dúvida alguma, a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5º, III), que impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune à relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana. Com isso, torna-se possível uma proteção efetiva e, em vários casos, absoluta da dignidade sem que seja necessário recorrer a exceções *ad hoc* ao modelo desenvolvido.[217]

Virgílio Afonso da Silva aponta ser necessária uma diferenciação entre a utilização do máximo possível de argumentos para a defesa de um ponto de vista quando vários argumentos podem ser aplicáveis e a utilização desnecessária do princípio da dignidade da pessoa humana pelos julgadores para fundamentar decisões quando estas poderiam ser mais bem fundamentadas em outros princípios, ou mesmo em regras.[218]

> Nesse sentido, se talvez não seja um grande problema o recurso constante à garantia da dignidade por parte dos litigantes que têm o dever de defender, com o máximo de argumentos, os seus pontos de vista, o mesmo não se aplica para os juízes e para a doutrina. Isso porque, com o passar do tempo, quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor. É o que vem ocorrendo com a dignidade humana.[219]

---

[216] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2010, p. 201.
[217] SILVA, Virgílio Afonso da. op.cit., p. 201-202.
[218] SILVA, Virgílio Afonso da. op.cit., p. 195.
[219] SILVA, Virgílio Afonso da. op.cit., p. 195.

Vale ressaltar que essa tendência à utilização da dignidade da pessoa humana para fundamentar decisões das mais diversas não se trata de um fenômeno apenas brasileiro, e que em outros países a dignidade humana também é utilizada como um “recurso universal” nos casos em que outros direitos fundamentais poderiam ser invocados pelos aplicadores do direito.[220]

Essa tendência na utilização desnecessária da dignidade da pessoa humana tem dado lugar a um movimento pela contenção no recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido é a manifestação de Eric Hilgendorf:

> [...] o *topos* dignidade humana vem sendo usado de forma inflacionária [...] Não poucos autoras e autores parecem encarar a dignidade humana como *passe-partout* para qualquer questão político-jurídica [...]. Não é necessário sublinhar que essa prática, frequentemente associada a um alto grau de emotividade, é extremamente prejudicial para o prestígio da dignidade humana. [221]

Marcelo Neves também é um dos autores que alerta para a possibilidade de abuso de princípios na prática jurídica brasileira.

Para este Autor, a consistência jurídica é assegurada na relação recíproca entre prática e dogmática jurídica ou teoria do direito, mas a história constitucional brasileira é marcada por um problema de baixa capacidade de reprodução constitucionalmente consistente do direito, o que fragiliza a reflexão jurídica (da dogmática jurídica e da teoria do direito).[222]

A prática inconsistente rejeita as regras por sua definitividade, pois tornam evidentes os desvios, enquanto os princípios, por sua estrutura de reflexidade podem ser articulados mais facilmente para encobrir soluções que fragilizam a consistência da ordem jurídica.[223]

---

[220] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2010, p. 195.
[221] Citado por SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2010, p. 195-196.
[222] NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013, p. 190.
[223] NEVES, Marcelo. op.cit., p. 190.

No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas.[224]

Marcelo Neves afirma que a adoção deste modelo "implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões 'justas': a consistência", sendo que o afastamento de regras a cada vez que se recorre a um princípio em nome da justiça, "serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da constituição".[225]

Nesse sentido é a manifestação de Robert Alexy:

> Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta somente pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. [...]. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinações alternativas com base em princípios.[226]

Se em nome da justiça sempre pudéssemos recorrer a princípios constitucionais para afastar regras constitucionais chegaríamos a um modelo desastroso, no qual "o critério direto e definitivo seria sempre afastável *ad hoc* pelo critério mediato de solução do caso, levando à falta de consistência da ordem jurídica, diluída no social com base em um substantivismo principiológico [...]".[227]

Observa-se que apesar de os direitos humanos referentes à proteção de deportação em massa, tortura, etc., relacionarem-se a ofensas graves à

---

[224] NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013, p. 191.
[225] NEVES, Marcelo. op.cit., p. 192.
[226] Citado por Neves, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013, p. 192.
[227] NEVES, Marcelo. op.cit., p. 192.

dignidade humana, alguns direitos fundamentais dificilmente podem ser relacionados diretamente a este princípio, como no caso da livre iniciativa.[228]

Segundo Marcelo Neves:

> A simplificação da ordem constitucional, no sentido de retrotraí-la a um princípio último, amplamente aberto, tende a um moralismo incompatível com o funcionamento do direito em uma sociedade complexa, na qual a dignidade humana sofre leituras e compreensões as mais diversas [...]. A própria questão da colisão intraprincípios em face da pluralidade de compreensão da dignidade da pessoa humana, no contexto de controvérsias constitucionais concretas, torna um modelo de absolutização inadequado.[229]

Nesse sentido, para impedir a progressiva erosão da força normativa da constituição, Marcelo Neves defende a “construção de uma teoria das normas constitucionais que sirva a uma concretização juridicamente consistente e socialmente adequada dos respectivos princípios, regras e híbridos normativos no contexto brasileiro”.[230]

CONCLUSÃO

O tema sobre a dignidade da pessoa humana acompanha a evolução da própria existência humana, constituindo-se a proteção desse princípio em meta permanente.

Apesar da importância da defesa e concretização dos direitos fundamentais, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, pouco se menciona sobre a existência de abusos na utilização deste princípio no discurso jurídico e suas consequências.

No presente artigo demonstrou-se que há uma tendência na jurisdição constitucional ao abuso na utilização do princípio da dignidade humana no

---

[228] NEVES, Marcelo. op.cit., p. 193.
[229] NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013, p. 194.
[230] NEVES, Marcelo. op.cit., p. 196.

discurso jurídico, tanto por parte dos litigantes, para a defesa de um ponto de vista quando vários argumentos podem ser aplicáveis, quanto por parte dos julgadores, para fundamentar decisões quando estas poderiam ser mais bem fundamentadas em outros princípios, ou mesmo em regras.

As posições defendidas pelos autores adeptos das teorias substancialistas são bastante sedutoras ao defenderem um Tribunal Constitucional com uma atuação que leve em consideração que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos pelas maiorias, a fim de se buscar a inclusão social e resgate das “promessas da modernidade”.

No entanto tal corrente deve ser analisada com reservas, pois não se pode incorrer nos ativismos judiciais no sentido de decisionismos sem critérios objetivos.

Alguns autores alertam que essa prática, principalmente com relação aos julgadores no âmbito da jurisdição constitucional, pode causar o esvaziamento do princípio da dignidade da pessoa humana, pois se utilizado para todos os problemas constitucionais, ele de nada servirá.

De outro norte, é fato que ainda não há como se afastarem totalmente as teorias procedimentalistas, como forma de se buscar critérios racionais e objetivos para as decisões judiciais, sob pena de se incorrer no tão temido decisionismo dos tribunais.

Seria o caso do comedimento no uso do princípio da dignidade da pessoa humana, para impedir que o recurso excessivo deste princípio no discurso jurídico retórico leve ao seu descrédito?

Nesse sentido, para impedir a progressiva erosão da força normativa da constituição, Marcelo Neves defende a “construção de uma teoria das normas constitucionais que sirva a uma concretização juridicamente consistente e

socialmente adequada dos respectivos princípios, regras e híbridos normativos no contexto brasileiro".[231]

Ante a indeterminação dos direitos fundamentais, ao final percebemos que até que se desenvolvam melhores teorias, a melhor solução para as decisões que envolvam tais direitos seria a manutenção do conflito entre as duas posições jurídicas do procedimentalismo e do substancialismo, e a adoção de uma postura pelos Tribunais Constitucionais que englobasse o que há de melhor em cada uma delas.

Ou seja, a adoção pelos Tribunais Constitucionais dos valores constitucionais com precedência mesmo contra os textos legislativos produzidos pelas maiorias, a fim de se buscar a inclusão social, mas em contrapartida, a contínua busca de critérios racionais e objetivos para uma "concretização juridicamente consistente e socialmente adequada dos respectivos princípios, regras e híbridos normativos no contexto brasileiro" nos moldes defendidos por Marcelo Neves.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales.** Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 606 p.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo, 2ª Ed, São Paulo, Ed. Landy, 2005, 334 p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional.** Brasília, Ed. Saraiva, 2009, 334 p.

---

[231] NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013, p. 196.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios, 2ª ed., São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2007, 513 p.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: **uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução: Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Ed. WMF Martins Fontes, 2010, 345 p.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade, vol. 1**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 1997, 354 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução João Baptista Machado, 8ª ed., São Paulo, Ed. WMF Martins Fontes, 2009, 427 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional.** Artigo publicado na Revista dos Tribunais ano 95, volume 852, outubro de 2006, São Paulo, Ed. RT, p. 11-37.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013, 270 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2012, 192 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2010, 279 p.

STRECK, Lenio. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2006, 297 p.

DIGNIDADE DA VÍTIMA NOS CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DOMÉSTICO.

Ana Carolina Figueiró Longo[232]

10.11117/9788565604222.05

INTRODUÇÃO

O Tribunal de Justiça da União Europeia apreciou questão prejudicial provocada pela Justiça espanhola acerca dos efeitos que a pena de um condenado pela prática de violência doméstica podem ter sobre a vítima, e, por consequência analisou o conteúdo do direito de a opinião da vítima ser observada no momento de aplicação da pena.

O argumento central das conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas em 12 de Maio de 2011, nos processos apensos C-483/09 e C-1/10, era que ao Estado cabia a proteção da dignidade da vítima, dentro de sua esfera de intimidade familiar e, portanto, deveria considerar sua opinião para a aplicação da pena de limitação de aproximação.

No caso concreto em questão, o companheiro da vítima fora condenado à pena acessória de manter-se afastado por, pelo menos, 1km da vítima pelo período de 17 meses. Entretanto, logo após a condenação, por decisão da própria vítima, voltaram a viver maritalmente.

A questão levada ao Tribunal Constitucional da União Europeia, pois, resume-se na análise da questão central dos presentes pedidos de decisão prejudicial consiste em saber se a

> Decisão-quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal se opõe a uma regulamentação nacional de acordo com a qual, nos casos de violência doméstica, é proibido ao autor do crime, de forma absoluta e imperativa,

---

[232] Analista Processual do MPF, Assessora Acadêmica da Diretoria do IDP e mestranda em Constituição e Sociedade no IDP

> como pena acessória, o contato com a vítima, mesmo nos casos em que a vítima pretenda retomar contato com o autor (Conselho da União Europeia, 2001)

Esta análise feita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia pode se comparar, por seus fundamentos principais, com o conteúdo decisório contido no acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4424/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 09.02.2012. Nesta ocasião se analisou a natureza da persecução penal nos casos de crimes de lesão corporal leve, praticados no âmbito doméstico, em que a ação penal tem natureza pública incondicionada e já não mais se autoriza a retratação da vítima.

Em ambas as situações analisadas se considerou o conteúdo da manifestação da vítima, em especial as circunstâncias em que já não mais lhe interessa a imposição de pena ao autor do ilícito penal, porque já o perdoara e voltaram a viver maritalmente.

Além disso, as duas decisões tiveram por fundamento principal a exigência de que o Estado se responsabilize pela dignidade da vítima, em especial no âmbito de suas relações domésticas.

A análise feita pelas duas Cortes é o que se analisa neste artigo.

1. DO CONTEÚDO DA DIGNIDADE HUMANA

O conteúdo da dignidade humana, por si só, é uma expressão de conteúdo abrangente e de grande dificuldade de ser definida de pronto (AZEVEDO 2002), especialmente porque vinculada a critérios culturais, temporais, religiosos, estruturais, geográficos e institucionais que inviabilizam uma definição que seja universal sem ser excessivamente ampla e, por isso, inaplicável.

Afasta-se, neste texto, portanto, a compreensão do conceito de dignidade humana formulado, inicialmente por Kant, para quem "quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a

coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade." (2004 ,65).

Parte-se do pressuposto das teorias de Schopenhauer, Hegel, Lévi-Strauss e Skinner dentre outros, que entendiam o conceito de dignidade vazio, dada sua imprecisão conceitual. Circunstância que levou Theodor Heuss a concluir que a dignidade humana de uma "tese não interpretada." (SARLET 2009). Neste texto, tem-se, portanto, que o conteúdo da dignidade é um valor/princípio construído ao longo da história e das sociedades e se afasta de uma caracterização voltada para um valor intrínseco ao ser humano, como um direito natural e universal.

Ainda que divergente o seu conteúdo, há que se ter em vista que o princípio da dignidade humana está positivado em diversos textos normativos, como no art. 1º, III, da Constituição Brasileira, no art. 1º da Constituição Portuguesa, no art. 10 da Constituição Espanhola, que estatui que "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*" (ESPANHA 1978, art. 10)

Em seu aspecto internacional, o princípio da dignidade humana consta da Carta das Nações Unidas/1945, Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/1966, Estatuto da UNESCO/45, Convenção das Nações Unidas sobre Tortura/1984, Convenção sobre o Direito das Crianças/1989, bem como no preâmbulo e art. 1º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

> Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns.
> Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.
> A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das

> culturas e tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos serviços, dos bens e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.
> Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.
> A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Neste contexto, a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros tendo na devida conta as anotações elaboradas sob a autoridade do Praesidium da Convenção que redigiu a Carta e atualizados sob a responsabilidade do Praesidium da Convenção Europeia.
> O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras.

Assim sendo, a União reconhece os direitos, liberdades e princípios a seguir enunciados.

> Art. 1º A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida. (Europeia 2000, art. 1º)

Ainda que de conteúdo vago e impreciso, a positivação da proteção à dignidade humana em inúmeros documentos legislativos, revela um caráter simbólico e principiológico, determinando aos Estados que assegurem esta dimensão prospectiva da dignidade, apontando para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa (HÄBERLE 2005).

Verifica-se, nas palavras de Paulo Branco, que

> O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem ser resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem (BRANCO e MENDES 2012, 93)

Do conteúdo simbólico da positivação do princípio da dignidade, colhe-se a perspectiva de que, Estado, sociedade e comunidade internacional precisam cooperar para dar completude ao conteúdo da dignidade. A positivação não impõe o respeito imediato e integral à dignidade, mas revela a necessidade de que todos se empenhem para sua observância (ROCHA 2012).

> A concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe a todos os órgãos estatais e a toda a comunidade. Incluindo as atividades concretizadoras legislativas e administrativas, mas também a atividade concretizadora jurisdicional, tanto no campo dos direitos, de defesa como dos prestacionais, necessários à existência minimamente digna. A violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde, portanto, à violação ao conteúdo em dignidade da pessoa, sujeita à reparação jurisdicional. (A. M. SILVA 2005, 200)

Até porque há que se a admitir que os direitos fundamentais, ainda que de diferentes conteúdos e intensidades, refletem a dignidade daquela pessoa a quem se defere e protege direitos de natureza fundamental. Daí porque “cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa” (SARLET 2009, 93).

Esta perspectiva se mostra mais presente na segunda fase da positivação dos direitos fundamentais, quando se sai do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social. Nesta fase, os direitos deixam de ser uma proteção do indivíduo contra o Estado, para uma perspectiva em relação

ao Estado para que forneça elementos para que todos vivam em situação de igualdade e dignidade (BARROSO 2011).

Com efeito, "surge uma nova dimensão dos direitos fundamentais a ser tutelada, relacionada à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, considerando o ser humano enquanto gênero, e não apenas como indivíduo" (COCURUTTO 2008, 32). E, sob o aspecto social, não se pode "reduzir o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir a teoria do núcleo da personalidade individual" (J. A. SILVA 2010, 40).

Em especial porque a proteção ao princípio da dignidade humana limita a atuação do Estado, "objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (...) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos (SARLET 2009, 120).

Esta circunstância reforça o conteúdo de dignidade que se pretende adotar neste texto, segundo o qual as normas contidas na Constituição, ou no Tratado de Lisboa, não podem ser consideradas como fins em si mesmo, mas uma condição de flexibilidade, imprescindível "ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo (BRANCO e MENDES 2012, 1092).

As normas de natureza constitucional, portanto, estão em um processo de contínuo desenvolvimento, para que possam se adequar à realidade da sociedade em que estão positivadas. Daí compreender-se que o princípio da dignidade humana, que representa um elemento de hermenêutica para a compreensão do texto como um todo, além de uma meta a ser perseguida pelas políticas estabelecidas pelo Estado constituído, é um princípio que se completa ao longo de sua interpretação histórica e adequada à realidade sob análise. Além disso, a dignidade é conteúdo indissociável e elementar, em qualquer ordenamento jurídico, da democracia (PASQUALINI 1999).

Tem-se, então, ao menos para os fins deste trabalho, que a dignidade é um conceito construído histórica e socialmente, mas que tem a pretensão de justificar ações Estatais que viabilizem boas condições de vida para todas as pessoas.

2. DA ESTRUTURA DO REENVIO PREJUDICIAL JUNTO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E O LIMITE DE APLICAÇÃO DE SUAS DECISÕES

O constitucionalismo europeu busca a integração de todos os ordenamentos jurídicos dos países membros, sem, contudo caracterizar-se como uma confederação de Estados, ou uma federação.

A figura do Tribunal de Justiça é de grande importância para a preservação do conteúdo dos tratados firmados na União Europeia, bem como para assegurar esta integração entre os países membros. A Corte "*asegura el respeto del derecho en la interpretación y en la aplicación de los tratados*" (União Europeia, p. art. 19.1), mas não se restringe a esta função, mas também serve como instrumento para a difusão do direito europeu, e principalmente para exercer um diálogo com os juízes nacionais, por meio da questão prejudicial, para a uniformização dos entendimentos acerca da interpretação dos tratados.

Este foi um dos mecanismos importantes para a consolidação de um ordenamento europeu e para assegurar uma integridade de pensamento político/jurídico, para comunidades de natureza tão distintas e em momentos econômicos diferentes.

Com efeito, a partir do momento que os juízes, mesmo os de primeira instância, tem alguma dúvida acerca da melhor interpretação a ser dada a uma norma europeia e, portanto, de tratados e normativas supranacionais, suscita um reenvio prejudicial (União Europeia)

O mecanismo tem por função assegurar que haja interpretação diferente dos tratados, nos julgados dos diferentes países, considerando, em especial, o princípio da primazia da legislação europeia sobre a norma local:

> El juez del reenvío, "en base al principio de la primacía del derecho comunitario", en el caso de "conflicto entre una disposición normativa nacional y una disposición del Tratado directamente aplicable", debe resolverlo "a través la aplicación del derecho comunitario, absteniéndose de aplicar, si es necesario, la disposición nacional contraria, y no declarando la nulidad de la disposición nacional, puesto que la competencia respecto de los órganos y de los jueces está reservada a cada Estado miembro". (Mangiameli, 2011)

Vale ressaltar, o Tratado de Lisboa nas alterações que provocou no Tratado da União Europeia, firmou a garantia de respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos:

> A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres (Tratado da União Europeia Consolidado)

Sob esta perspectiva, pois, há que se sobressair os direitos fundamentais consagrados na Carta Europeia de Direitos Humanos, incorporada aos atos normativos europeus, também pelo Tratado de Lisboa, de modo que a todos os cidadãos sejam assegurados direitos de idêntico conteúdo e profundidade.

Na análise da melhor interpretação dos tratados europeus, quando instigados pelos magistrados locais em processo de reenvio prejudicial, cabe ao Tribunal Europeu assegurar a primazia do direito comunitário, em detrimento do direito local, em especial para que o núcleo essencial dos direitos fundamentais seja garantido em toda a Europa, sem qualquer discriminação. (GAMBINO, 2010)

3. ÂMBITO DE COMPREENSÃO DAS DECISÕES SOB ANÁLISE E SEUS RESULTADOS MATERIAIS

3.1 Da decisão do Superior Tribunal de Justiça da União Europeia

As duas decisões em análise, a primeira do Superior Tribunal de Justiça da União Europeia e a segunda, do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro buscaram viabilizar a assegurar a dignidade da vítima de violência doméstica.

No caso analisado pela Corte Europeia, a discussão centrava-se no descumprimento da pena assessória imposta ao réu de manter-se afastado da vítima, no mínimo, 1 km. Entretanto, a própria vítima autorizou o regresso de seu agressor para a casa da família, e já não desejava estar apartada, voltando a viver maritalmente com ele.

O órgão de reenvio, ao submeter a questão à Corte europeia, afirma que o direito espanhol considera a violência doméstica um dos flagelos da sociedade e que exigia uma atuação intensa do Estado em sua repressão. Desta forma, a legislação penal prevê como pena assessória obrigatória a fixação de prazo e distância mínima para que o agressor se mantenha afastado da vítima.

A pena deve ser aplicada a todas as hipóteses de violência doméstica, sem que se confira margem de discricionariedade ao magistrado, no momento de analisar o caso concreto. Além disso, tipifica-se a conduta de descumprir a decisão judicial, do que decorre que a aproximação do autor da vítima, configura novo ilícito penal. E, dentro do procedimento de violência doméstica, há vedação absoluta de mediação entre autor e vítima.

Entretanto, poucos dias após a condenação, o autor voltou a viver com a vítima e, em razão do descumprimento da pena assessória, foi novamente preso. Quando chamada a falar em juízo, a vítima afirmou que retomou

voluntariamente a relação com o autor, sem qualquer pressão, nem mesmo de ordem econômica e que tudo andava bem até a detenção de seu companheiro.

A questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça da União Europeia porque o art. 2.°, n.° 1, da Decisão-Quadro 2001/220, prevê que:

Cada Estado-Membro assegura às vítimas um papel real e adequado na sua ordem jurídica penal.

> Cada Estado-Membro continua a envidar esforços no sentido de assegurar que, durante o processo, as vítimas sejam tratadas com respeito pela sua dignidade pessoal e reconhece os direitos e interesses legítimos da vítima, em especial no âmbito do processo penal.

A dúvida que se suscitou foi o valor a ser dado à opinião da vítima para a penalização pelo descumprimento da pena acessória de manter o afastamento da vítima, nos casos de violência doméstica e se este seria um caso de atipicidade.

A Corte europeia concluiu que a interpretação da Decisão-Quadro que melhor se adéqua aos princípios regedores da União europeia é aquela em que, na circunstância em que a vítima e o autor mantém uma relação pessoal e estreita, e a pena de proibição de aproximação trará consequências diretas e maléficas para sua vida pessoal, é possível ouvir a vítima sobre a condenação a uma medida de afastamento. Implica dizer, abre-se uma margem de discricionariedade para que os magistrados possam levar em consideração a palavra da vítima no momento de imposição da pena, dentro dos limites do direito interno, sem que, contudo, esta opinião vincule a decisão.

A decisão da Corte europeia levou em consideração a necessidade de as normas internas de cada país proteger os direitos da vítima, em especial o de ser tratada com respeito e dignidade, de sorte a informar e ser informada, de compreender e ser compreendida, de ser protegida nas diversas fases do processo. A vítima não pode ser considerada exclusivamente como um objeto do processo, mas alguém que sofreu uma violência e cujos interesses também devem ser buscadas no processo penal.

Assim, a solução a ser dada à persecução penal não pode impor a vítima uma segunda condenação. Fato que ocorreu na hipótese suscitada, em que a vítima, após a violência, decidiu prosseguir com sua vida e a relação conjugal com seu agressor e sua posterior prisão pelo crime de descumprimento de sentença lhe impôs, também a condenação de ser privada de seu companheiro.

Daí a observação da Corte de que a regra constante da Decisão-Quadro deve ser interpretada de modo a assegurar à vítima todos os seus direitos no âmbito do processo. Tem, pois, natureza instrumental, não material. Deve ser aplicada para garantir a dignidade da vítima.

3.2 Da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro

No Brasil, a hipótese de consideração da opinião da vítima na persecução penal por crime de violência no âmbito doméstico, foi estudada em tese, por meio da provocação do Supremo Tribunal Federal na ADC 19, e ADI 4424, ambas ações sob a relatoria do ministro Marco Aurélio, julgadas em fevereiro de 2012.

Questionou-se, à ocasião, se os arts. 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2066 (Lei Maria da Penha) eram constitucionais. Eis os textos normativos:

> Art. 1o Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.
>
> Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica

> e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.
>
> Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.
>
> Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995. (Brasil 1995)

Em especial, para este estudo, analisaremos as razões de decidir que consideraram constitucional o texto do citado art. 41, que veda a aplicação da Lei 9.099/95 em casos de violência doméstica.

Isso porque, a Lei dos Juizados Especiais estabelece que a persecução do crime de lesão corporal leve é de ação penal pública condicionada a representação da vítima (Brasil 1995, art. 88) Para o relator, o dispositivo analisado busca dar efetividade ao conteúdo do art. 226, § 3º da Constituição, que, determina que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (BRASIL 1988). Neste caso, pois, a regra busca proteger a dignidade da mulher como a célula básica da unidade familiar.

Com efeito, a decisão está fundamentada no princípio de proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, e que a Lei Maria da Penha se presta a assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo e à reparação. À luz dos direitos fundamentais, em especial ao princípio da isonomia, cuida-se de um microssistema próprio, "a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente – ECA" (Supremo Tribunal Federal s.d., inf. 654)

O Plenário do STF, então, afirmou que ação penal, no caso de lesão corporal leve, praticada com violência doméstica ou familiar, tem natureza de ação penal pública incondicionada. Sob o argumento de que é fundamento do

Estado brasileiro a proteção da dignidade da pessoa humana, caberia ao Estado propiciar mecanismos capazes de inibir a violência doméstica, sem que a atuação estatal ficasse condicionada à vontade da vítima.

A decisão brasileira levou em consideração os dados estatísticos que asseguram que a grande maioria dos casos de lesão corporal eleve, no ambiente doméstico, jamais são levadas à autoridade pública para que se inicie a persecução penal. E, neste caso, a violência, que é contínua, decorre da dinâmica da vida privada, e torna o ilícito penal invisível para a sociedade.

Depois, como cabe ao Estado zelar pela dignidade de seus cidadãos, bem como assegurar a assistência à família e coibir a violência doméstica, não seria “razoável ou proporcional deixar a atuação estatal a critério da vítima” (Supremo Tribunal Federal s.d., Inf. 654) e prossegue:

> Dessumiu-se que deixar a mulher — autora da representação — decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão. (Supremo Tribunal Federal s.d., Inf. 654)

Neste caso, como na hipótese analisada pelo Superior Tribunal de Justiça europeu, a vontade da vítima foi considerada como um elemento importante na formação da decisão final do Poder Judiciário.

No caso brasileiro, entendeu-se que a forma de dar maior abrangência à dignidade da mulher, vítima de violência doméstica, seria assegurar, em todas as hipóteses, que houvesse investigação e ação penal para verificar a ocorrência do ilícito, independentemente da vontade da vítima.

Já na decisão da Corte europeia, a dignidade da mulher seria assegurada em maior amplitude se sua opinião fosse considerada no momento da fixação da pena. Isso porque, há circunstância em que a vítima e o autor mantém uma relação pessoal e estreita, e a pena poderá trazer consequências mais gravosas para a vítima do que para o próprio autor. Daí a necessidade de

se analisar cada caso submetido ao magistrado, e, levar em consideração aquilo que a vítima entende como melhor para sua vida privada.

CONCLUSÕES

Não há, nestes julgados, uma conclusão certa, ou errada, da extensão do princípio da dignidade. Em ambos os casos, se pretendeu assegurar o núcleo essencial da dignidade da vítima de violência doméstica, compatibilizada com a obrigatoriedade de o Estado proteger a família e a harmonia de suas relações.

É possível observar, pois, que o princípio da dignidade, em que pese haver sido utilizado como fundamento central das decisões, não foi o único conteúdo jurídico a justificar as sentenças. O princípio foi complementado por outras normas de igual ou inferior hierarquia, como, por exemplo, a obrigatoriedade de o Estado zelar pela harmonia familiar e impedir a prática de violência no ambiente doméstico.

Além disso, as duas decisões se preocuparam em completar o sentido do conceito de dignidade a ser usado, se valendo de dados sociais, estatísticos e concretos para afirmar que existia, ou não, a dignidade das mulheres.

A Corte europeia compreendeu a dignidade da vítima, como o seu direito de optar por voltar à convivência familiar, ainda que depois de agredida por seu companheiro, e o respeito a esta decisão e sua vida privada representaria dar-lhe maior dignidade.

Já a Corte Constitucional brasileira partiu do pressuposto de que o Estado é garantidor da integridade das pessoas e, portanto, tem o dever de assegurar que viverão com dignidade. Para tanto, é necessária a intervenção da autoridade pública para dar continuidade à persecução dos crimes cometidos no ambiente doméstico, para evitar a impunidade e a submissão das mulheres a condições de vida indignas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana.” *Revista USP* 53 (mar/mai 2002).

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, e Gilmar Ferreira MENDES. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. “Constituição da República Federativa do Brasil.” 1988.

Brasil. “Lei 9.099.” 1995.

COCURUTTO, Aílton. Os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social. São Paulo: Malheiros, 2008.

Conselho da União Europeia. (2001). Decisão-quadro 2001/220/JAI do .

ESPANHA. “Constituição Espanhola.” 1978.

Europeia, União. “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.” 2000.

GAMBINO, S. (janeiro-junho de 2010). Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos. *REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO* .

HÄBERLE, Peter. “A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal.” In: *In . org. Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia Direito e Direito Constitucional*, por Ingo Wolfgang SARLET, 91. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.* Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MANGIAMELI, S. (janeiro-junho de 2011). EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA DESPUÉS DEL TRATADO DE LISBOA. *REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO , 8*.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e Sistema jurídico: uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social.” *Interesse Público* (Notadez), 2012: 26.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Supremo Tribunal Federal. “Informativo de Jurisprudência.” *654.*

Tratado da União Europeia Consolidado . (s.d.). Acesso em 06 de 2013, disponível em http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/08/st06/st06655-re07.pt08.pdf

União Europeia. (s.d.). Acesso em junho de 2013, disponível em http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm

União Europeia. (s.d.). Tratado da União Europeia.

A IMPERTINÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA A QUEBRA DO CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA: O RISCO DO ATIVISMO JUDICIAL

Lara Corrêa Sabino Bresciani[233]

10.11117/9788565604222.06

INTRODUÇÃO

Para se interpretar um determinado ramo do Direito é preciso, primeiramente, conhecer os princípios e regras que orientam esse mesmo ramo, a fim de que regras estranhas, pertinentes a outros sistemas, não sejam utilizadas.

Sob esse prisma, o presente artigo demonstrará, por meio da análise de alguns casos selecionados por amostragem, que a validade das regras contidas nos contratos previdenciários tem sido objeto de embates judiciais, que culminam, em alguns deles, com a quebra do disposto no instrumento contratual em nome de princípios que não se aplicam a esse tipo de relação, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, é preciso tecer considerações a respeito do Sistema Brasileiro de Previdência Complementar. Tal sistema divide-se em três diferentes Regimes, a saber: Regime Geral de Previdência Social (RGPS), voltado para os trabalhadores da iniciativa privada, de filiação compulsória, baseado no regime de repartição simples (não há acumulação de recursos) e gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS; Regimes Próprios de Previdência **Social** (RPPS), destinado aos servidores públicos da União, dos

---

[233] Mestranda em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Linha de Pesquisa: Processo e Jurisdição Constitucional, Advogada, e-mail: lara@reisadvocacia.com.br

Estados, dos Municípios e do Distrito Federal e sua administração é tarefa de cada um desses entes federados; e o Regime de Previdência Complementar (RPC), oferecido, em caráter complementar, a todos os trabalhadores, de filiação voluntária e caráter mutualista, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado e gerido por entidades de previdência complementar[234].

O Regime de Previdência Complementar tem como principal finalidade a de complementar o que o Regime Geral e, mais recentemente, os Regimes Próprios de Previdência não oferecem, já que limitados a um teto. Neste artigo, será abordado exclusivamente o Regime de Previdência Complementar, operado por entidades **fechadas** de previdência complementar.

A relação previdenciária complementar nasce pela celebração de um contrato previdenciário, que vige durante toda a fase de acumulação (cerca de décadas) e também durante o período de percepção do benefício, o que demonstra a longevidade desse tipo de relação jurídica.

Assim, por ser uma relação cuja vigência é bastante longa, é necessário que haja estabilidade de regras, ou seja, o respeito às disposições contidas no contrato previdenciário, sob pena de se inviabilizar o plano de benefícios financeira e atuarialmente.

O princípio da dignidade da pessoa humana, de difícil compreensão e alcance, dada a sua abrangência, tem sido frequentemente invocado perante o Poder Judiciário pelas partes litigantes (autores e réus) e também pelos julgadores, como fundamento para justificar as mais diversas situações jurídicas.

Situações jurídicas essas que envolvem, desde questões de máxima violência até as mais banais, ou ainda aquelas meramente contratuais,

---

[234] As entidades de previdência complementar podem ser abertas, cujos planos de benefícios são oferecidos por instituições financeiras e acessíveis a todos que queiram deles fazer parte; ou fechadas, em que os planos de benefícios são oferecidos por empresas patrocinadoras exclusivamente a seus empregados.

atinentes ao Direito Privado, como ocorre com a previdência complementar brasileira.

A utilização desse princípio de forma indiscriminada e aleatória por aqueles que não se esforçam em compreender o seu real significado e alcance, especialmente nos casos que envolvem a previdência complementar brasileira, conforme será demonstrado a seguir, tem sido um convite ao ativismo judicial, aqui compreendido na sua acepção negativa, que longe de fazer "justiça" entre as partes, acaba por desrespeitar regras legais e disposições voluntariamente pactuadas, podendo resultar na completa inviabilidade financeira e atuarial dos planos de benefícios complementares.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR OPERADO POR ENTIDADES FECHADAS

O Sistema de Previdência Complementar possui hoje relevante papel na sociedade brasileira, vez que constitui uma das mais importantes fontes de poupança estável e de longo prazo nacionais, fomentando o desenvolvimento econômico do país; seja por permitir que, na inatividade, milhares de trabalhadores brasileiros mantenham o mesmo ou semelhante padrão de vida de quando ainda estavam na ativa; seja por atuar, ainda que de forma autônoma, lado a lado com a Previdência Social, na promoção do bem-estar e justiça social.

Segundo observado por Lygia Avena (2005, pp. 171-172):

> Quer em razão de sua atuação como instrumentos de recursos humanos das suas empresas patrocinadoras, incentivando a renovação de quadros de pessoal e propiciando maior tranquilidade aos seus participantes quando da sua passagem para a inatividade laborativa, quer em virtude da sua relevância como formadores da poupança nacional e propulsores do desenvolvimento econômico, ou em razão da sua significativa função social e previdenciária, é indiscutível a crescente importância dos fundos de pensão.

Diante da sua importância, a Previdência Complementar ganhou assento constitucional em 1998 (Emenda Constitucional nº 20), sendo disciplinada pelo art. 202, cujo *caput* assim preceitua:

> Art. 202 - O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar[235].

No art. 202 da Constituição Federal estão disciplinados os pilares do Regime de Previdência Complementar brasileiro: autonomia frente ao Regime Geral de Previdência Social (independência de regras), facultatividade (filiação e desfiliação voluntárias), respeito às regras do Regulamento do plano de benefícios aprovadas pelo Órgão Federal de Supervisão[236] (contrato previdenciário), prévia constituição de reservas (custeio) e equilíbrio financeiro e atuarial.

As entidades fechadas de previdência complementar, também denominadas de “Fundos de Pensão”, integram o Regime de Previdência Complementar, e são constituídas sob a forma de sociedades civis sem finalidade lucrativa, cujo objetivo é administrar e executar planos de benefícios de natureza previdenciária exclusivamente aos empregados de seu patrocinador (por isso, são “fechadas”).

Esses empregados se associam a uma entidade fechada de previdência complementar e ao plano de benefícios por ela administrado, por meio de um ato de vontade (facultatividade), com o objetivo de acumularem recursos, que

---

[235] A “lei complementar” a que se refere o *caput* do transcrito art. 202, na verdade, não é apenas uma, mas duas: as Leis Complementares nºs 108 e 109, ambas do ano de 2001. A primeira delas rege a relação das entidades fechadas de previdência complementar e seus patrocinadores, que são entes públicos. Já a segunda, disciplina, de forma geral, as relações previdenciárias mantidas entre participantes e a entidade de previdência complementar.

[236] No caso das entidades fechadas de previdência complementar, o Órgão Federal de Supervisão é a PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar, que é responsável por aprovar os termos do Regulamento que rege a relação previdenciária complementar, conforme prevê a Lei Complementar nº 109/2001: “Art. 33. Dependerão de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador: I - a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações ...”

serão percebidos na forma de benefícios previdenciários quando passarem para a inatividade.

Essa acumulação de recursos ou constituição de reservas ocorre obrigatoriamente em regime financeiro de capitalização das contribuições individuais e patronais, estabelecido pela Lei Complementar nº 109/2001 (art. 18, §1º), na medida em que a previdência complementar paga benefícios na forma de prestações programadas e continuadas. A aposentadoria por tempo de serviço é um exemplo desse tipo de benefício.

Ao analisar as particularidades da relação previdenciária complementar, Adacir Reis (2013, p. 15) conclui que existe uma relação condominial *"*na qual tanto as reservas garantidoras dos benefícios como as despesas são suportadas por esforço solidário dos participantes e assistidos do plano previdenciário*"*.

Esforço solidário esse que revela o caráter mutualista dessa relação jurídica e que se encontra positivado na redação do art. 21 da Lei Complementar nº 109/2001: "O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições*".*

Por certo que, sendo de natureza privada[237] e complementar, de filiação voluntária (facultativa), é natural que a Previdência Complementar esteja amparada por normas contratuais (previstas nos Estatutos das entidades fechadas e nos Regulamentos dos planos de benefícios).

O Estatuto dispõe sobre a organização da entidade fechada de previdência complementar e o Regulamento do plano é o contrato civil, ao qual se vinculam os participantes e o patrocinador.

Apesar da natureza contratual, a vontade das partes não é absoluta nesse tipo de relação jurídica, na medida em que os contratos previdenciários estão sujeitos a um rígido controle estatal (art. 74 da Lei Complementar nº

---

[237] O Regime de Previdência Complementar diferencia-se dos demais Regimes, que são públicos, por ser fruto da vontade das partes. Daí sua natureza privada.

109/2001), dependendo, para vigerem, da prévia e expressa aprovação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC (art. 33 da Lei Complementar nº 109/2001).

Diante de todas as características aqui apresentadas brevemente, é correto afirmar que as entidades fechadas de previdência complementar “nada mais são do que a reunião de milhares ou milhões de pequenas poupanças individuais vinculadas ao fim previdenciário” (REIS, 2002), ou seja, destinada à formação do benefício previdenciário a ser percebido no futuro (aposentadoria)

E, por isso, um conflito entre determinado participante e o seu Fundo de Pensão é, na verdade, por força do princípio do mutualismo[238] (também chamado de solidariedade), um conflito entre esse mesmo participante e todos os outros participantes que fazem parte da referida entidade de previdência complementar fechada, tendo em vista que essa não possui patrimônio próprio, sendo mera gestora dos recursos aportados por aqueles e pelo patrocinador.

2. O princípio da dignidade da pessoa humana: uma porta aberta para o ativismo judicial

A dignidade da pessoa humana, de algumas décadas para cá, veio ganhando especial destaque não apenas no Ordenamento Jurídico nacional, mas também no plano internacional. Em razão disso, encontra-se presente em diversos textos normativos, em especial, nas Constituições e nas Declarações de Direitos[239], bem como em decisões judiciais.

Na Constituição Brasileira encontra-se disciplinada no art. 1º, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

---

[238] Segundo o Dicionário de Termos Técnicos da Previdência Complementar Fechada, mutualismo é “princípio pelo qual os riscos inerentes ao Plano de Benefícios são avaliados em função da coletividade e não individualmente, gerando solidariedade entre os participantes”. Disponível em: <http://www.bandeprev.com.br/download/dicionario-termos-tecnicos.pdf> Acesso em: 24.09.2013.

[239] Exemplos dos mais relevantes documentos: Carta das Nações Unidas (1945), Constituição da UNESCO (1945); Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966).

Ao se falar da dignidade da pessoa humana, não se pode deixar de mencionar a definição histórica de Immanuel Kant (2004, p. 65):

> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente, por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Do mesmo modo, a definição de Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 62) sobre dignidade da pessoa humana é frequentemente mencionada na doutrina:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A ideia de dignidade traçada por Kant muito tem a ver com o contexto histórico em que inserida, ou seja, dentro de um movimento de racionalização, em que se fazia importante o pensamento de que o homem, por ser pessoa e não coisa, era um fim em si mesmo (“teoria dos fins”).

A segunda definição encontra-se baseada na presunção de que cada ser humano possui um valor intrínseco que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração. Apesar de contemporânea, tal concepção traz consigo certa carga religiosa, na medida em que se assenta na premissa bíblica de que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança e, por isso, devemos amar ao nosso próximo como a nós mesmos.

A definição de Sarlet revela, ainda, a noção atual de dignidade da pessoa humana, que foi traçada, especialmente, no pós-guerra, em que se fez necessário proteger o ser humano de situações degradantes e de extrema violência.

No entanto, apesar de tais conceitos parecerem esgotar a ideia do que seja a dignidade da pessoa humana, verifica-se que o referido princípio, dada a

sua amplitude, desafia a existência de definições que o contemplem em sua inteireza. Isso porque o seu significado está intrinsecamente ligado a uma diversidade de valores presentes na sociedade, que estão em constante mutação e construção.

Sem dúvida, o conceito da dignidade da pessoa humana envolve uma gama de questões morais que, por serem extremamente subjetivas e alteráveis de acordo com o passar do tempo, não conseguem ser contempladas de forma precisa.

Justamente em virtude dessa vagueza e amplitude, esse princípio, na prática, tem sido utilizado para contemplar as mais diversas situações jurídicas, desde os casos tidos como difíceis, até questões puramente contratuais, que se resolvem perfeitamente na legislação infraconstitucional existente, por aplicação das regras de subsunção.

Conforme observado por Luís Roberto Barroso (2012, p. 129):

> [...] a dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta os seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa [...]

Diante dessa realidade, em que a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana tem sido frequentemente empregada em questões jurídicas simples, esse importante postulado, que possui, sim, papel fundamental na resolução de questões moralmente complexas, tem sido banalizado e, nesse contexto, aberto as portas para o ativismo judicial.

3.1. Ativismo judicial e dignidade da pessoa humana

A utilização do princípio da dignidade da pessoa humana em decisões judiciais, como único fundamento jurídico, ou seja, quando não é observada a existência de princípios e regras próprias do ramo do Direito que será interpretado, conduz ao ativismo judicial.

A expressão “ativismo judicial”, de forte conotação ideológica, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, é polêmica e divide opiniões. Em sentido geral, deve ser compreendida como uma postura pró-ativa do Poder Judiciário ao interpretar determinado texto legal ou constitucional, levando os julgadores, nos casos concretos, a ultrapassarem os limites estabelecidos nos referidos textos.

Sua origem repousa no Direito americano, “num contexto não-técnico” (BRANCO, 2011, p. 389), em que um jornalista americano, Arthur Schlesinger Jr, no ano de 1947, escreveu uma matéria para uma revista que não era especializada em questões jurídicas (*Fortune*), narrando as posições ideológicas de cada um dos nove Ministros da Suprema Corte America, o que levou à divisão deles em dois grupos – o dos “ativistas judiciais” (*judicial activists*) e o dos que tinham postura de “auto-contenção” (*self-restraint*).

Como se verifica, o termo “ativismo judicial” surge de uma matéria jornalística que, sem dúvida, à época, não tinha a pretensão de discutir profunda e tecnicamente a questão, mas que acabou por lançar um debate que, na atualidade, é de extrema relevância para os estudos da jurisdição constitucional.

A expressão “ativismo judicial”, hoje, é utilizada tanto para designar uma postura positiva por parte do Poder Judiciário (especialmente quando contraposta à ideia de um passivismo judicial), como também uma postura negativa (exorbitância de poderes por parte do Poder Judiciário), a depender, portanto, o seu significado dos interesses de quem realiza essa verificação.

Sendo assim, “costuma-se usar o termo *ativismo* em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para aplauso, um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas” (BRANCO, 2011, p. 392).

Importante esclarecer que não se despreza a importância do ativismo judicial em situações em que não exista dispositivo legal ou constitucional disciplinando a matéria posta a julgamento, situação que também configura a

existência dos chamados “casos difíceis”, tampouco nas situações em que, ante a inevitável adaptação do direito à evolução da sociedade em constante transformação, haja necessidade de se alterar determinada interpretação.

A respeito desse segundo ponto, inclusive, importante citar a posição de Tércio Sampaio (1980, p. 41) acerca das características do direito positivado:

> A principal característica do direito positivado é que ele se liberta de parâmetros imutáveis ou longamente duradouros, de premissas materialmente invariáveis e, por assim dizer, institucionaliza a mudança e a adaptação mediante procedimentos complexos e altamente móveis. Assim, o direito positivado é um direito que pode ser mudado por decisão, o que gera, sem dúvida, certa insegurança com respeito a verdades e princípios reconhecidos, lançados então, para um segundo plano, embora, por outro lado, signifique uma condição importante para melhor adequação do direito à realidade em rápida mutação, como é a de nossos dias.

Por esse motivo, não se pode desprezar a necessidade de os Tribunais, em casos concretos, romperem com determinada interpretação adotada por longo período, em razão da evolução da sociedade. Justamente essa evolução é que institucionaliza a necessidade de mudança e adaptação do direito positivo, que se realiza por meio de decisões, essas compreendidas como sendo oriundas não somente do Poder Judiciário, mas também do Poder Legislativo, como observado no trecho acima transcrito.

Do mesmo modo, nas situações concretas de inexistência de disciplinamento legal ou constitucional regulando determinado tema, ao juiz não é dada outra alternativa a não ser julgar o caso, o que, inclusive, está previsto no nosso Ordenamento Jurídico (art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Lei 12.376/2010).

Nessas situações, não se pode negar a existência de certa dose de ativismo judicial, que, por sua vez, deve ser reverenciado, na hipótese em que utilizado com a devida cautela. Isso porque, de acordo com a posição de Tércio Sampaio citada acima, o direito positivado pode ser mudado por decisão, mas esta, por sua vez, para não extrapolar os limites do razoável, deve estar devidamente justificada.

A necessidade de justificação das decisões constitucionais que envolvem uma construção criativa foi abordada por Michel Rosenfeld (2003, p. 45 e 46), ao citar o caso Roe v. Wade, julgado pela Suprema Corte Americana no ano de 1973, e que admitiu, como nunca antes, a existência de um direito constitucional ao aborto. Segundo o referido Autor:

> [...] ao reconhecer pela primeira vez um direito constitucional ao aborto, certamente envolveu construção criativa judicial. Indubitavelmente, nem o texto da Constituição, nem a jurisprudência da Suprema Corte previamente articulada poderiam ser razoavelmente considerados como impositivos ou impeditivos da decisão tomada pela Corte. [...]
>
> Muito embora Roe seja excepcional, precisamente em razão da magnitude do impacto exercido sobre a identidade nacional norte-americana, todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e assim, por isso mesmo, requerem justificação.

É exatamente essa a hipótese adotada neste artigo, ou seja, que o ativismo judicial seja empregado nos casos difíceis, em que nem o texto legal ou constitucional, ou mesmo a jurisprudência pátria, contiverem qualquer disposição a respeito da matéria, sendo necessário, portanto, o uso da criatividade judicial, mas essa realizada de forma responsável e mediante a devida justificação.

Nesse contexto, portanto, e conforme salientado na Introdução, a postura ativista de alguns Tribunais será censurada neste artigo, notadamente nos casos concretos em que, mesmo existindo legislação infraconstitucional e constitucional a respeito do Regime de Previdência Complementar Brasileiro, dela não fazem uso, invocando, ao contrário de tudo que se encontra positivado no Direito Privado, o princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar a quebra do disposto no contrato previdenciário, este fruto da vontade das partes signatárias.

3. A impertinência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para a quebra do contrato previdenciário: postura ativista dos Tribunais pátrios

A Previdência Complementar Brasileira ainda é matéria nova para os Tribunais pátrios, uma vez que a legislação que rege tal sistema é muito recente.

Apenas no ano de 1998, com a Emenda Constitucional nº 20, que redefiniu a estrutura previdenciária brasileira, houve a constitucionalização desse Regime. Por sua vez, a Lei Complementar 109, que regulamentou a referida Emenda Constitucional é do ano de 2001 e substituiu a Lei 6.435/1977, que até então disciplinava os Fundos de Pensão, mas que era omissa em relação a vários institutos.

Além do fato de a legislação ser nova, merece relevo também o fato de que, no Brasil, a cultura previdenciária complementar igualmente é recente, o que conduz, geralmente, a uma aproximação equivocada, por parte do Poder Judiciário, da legislação que rege o Regime de Previdência Social (INSS), do qual o Regime de Previdência Privado é independente por força constitucional (art. 202, *caput*).

A confusão que se estabelece no Judiciário entre o Regime de Previdência Social (INSS) e o Regime de Previdência Complementar não se restringe apenas à seara normativa, atingindo também as esferas moral e política.

Isso porque, ao julgar um caso envolvendo a Previdência Complementar, tem sido comum que os julgadores, cientes da realidade social brasileira, em especial dos problemas vividos pela nossa Previdência Pública ao longo dos anos (déficits, lentidão na concessão de benefícios, existência do fator previdenciário, que diminui ainda mais o valor dos benefícios já tidos por insuficientes), tragam tal experiência negativa para as decisões, mesmo sendo

tal realidade estranha ao Regime de Previdência Privada, em flagrante exercício de opções pessoais de cunho moral e político.

A previdência complementar, como o próprio nome sugere, deve ser compreendida como um sistema que se soma ao Regime Geral de Previdência Social e, também, em razão de recente legislação, ao Regime Próprio de Previdência do Servidor Público no âmbito federal, em que, mediante contribuições e retorno das aplicações (constituição de reservas), objetiva-se garantir o pagamento de benefícios ao participante ou aos seus beneficiários em casos de idade avançada, incapacidade física, doença e morte.

Por isso, os benefícios previdenciários pagos pela previdência privada não têm como função assegurar um mínimo existencial, esse sim de responsabilidade do Poder Público, mas visam permitir que o trabalhador (contratante) possua, na inatividade, padrão de vida próximo ao que usufruía em pleno exercício de sua capacidade laboral.

Sem dúvida que a situação desordenada da Previdência oficial, somada à recente e ainda desconhecida Previdência Privada, contribuem para que o Poder Judiciário não tenha tanta proximidade com o tema e acabe por invocar, em notório ativismo judicial, princípios, regras e fatos que não se aplicam à Previdência Complementar, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, tudo isso na ânsia de fazer valer as garantias previstas na Constituição Federal (moradia, educação, alimentação, saúde) sobre a inércia do Poder Público.

Com o intuito de ilustrar o acima exposto, imperioso transcrever alguns julgados, de diferentes Tribunais brasileiros e selecionados por amostragem, em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado como fundamento para a análise de determinada relação jurídica de previdência complementar, desprezando-se, portanto, o disposto no contrato civil-previdenciário, na legislação específica que rege a matéria e na própria Constituição (art. 202).

Importante se faz esclarecer que, nos julgados a seguir analisados, constatam-se que, para a maioria dos julgadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, existiria paridade irrestrita entre ativos e inativos do Regime de Previdência Complementar. Assim, segundo essa concepção equivocada e já superada pelo STJ em sede de recurso repetitivo[240], qualquer verba recebida pelo ativo deve integrar o benefício previdenciário complementar do inativo, independentemente de previsão no contrato civil-previdenciário e na legislação de regência, ou ainda, de existência do prévio e necessário custeio.

Assim, ao julgar pedido de incorporação da parcela denominada Abono de Dedicação Integral, verba paga somente aos empregados ativos do patrocinador que estejam em exercício de atividade comissionada, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao entender equivocadamente que há paridade entre ativos e inativos, determinou que esse Abono fosse incorporado ao benefício previdenciário dos Autores, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana[241]:

> EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNDAÇÃO BANRISUL DE SEGURIDADE SOCIAL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Abono de dedicação integral.
> 1. O entendimento jurisprudencial das Câmaras que integram o 3º Grupo Cível deste Tribunal de Justiça é no sentido que o Abono de Dedicação Integral deve ser estendido aos inativos, sendo que a referida vantagem pecuniária, também integra a remuneração do trabalhador, pois pertence ao conjunto de necessidades básicas deste, na forma do art. 457, § 1º da CLT.

---

[240] REsp 1.207.071/RJ, 2ª Seção, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 27.06.2012 e acórdão publicado em 08.08.2012. O STJ entendeu que: "[...]o sistema de previdência complementar brasileiro foi concebido, não para instituir a paridade de vencimentos entre empregados ativos e aposentados, mas com a finalidade de constituir reservas financeiras, a partir de contribuições de filiados e patrocinador, destinadas a assegurar o pagamento dos benefícios oferecidos..."

[241] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70055086953. Embargante: Fundação Banrisul de Seguridade Social. Embargado: Ruben Antonio Luchese. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 05 de julho de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70055086953&code=7137&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%203.%20GRUPO%20CIVEL> Acesso em: 27 de julho de 2013.

> 2. Portanto, o não-pagamento daquele benefício acarreta violação aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, estabelecidos na Constituição Federal de 1988, em razão daquele se incorporar a sua remuneração e, por via de conseqüência, integrar a base de cálculo da vantagem previdenciária devida.

Ao se verificar o inteiro teor do referido acórdão dos embargos infringentes, constata-se que nenhuma cláusula do contrato civil-previdenciário (Regulamento do Plano de Benefícios) foi invocada para fundamentar o referido entendimento, tampouco algum dispositivo das Leis Complementares de regência dessa matéria (LC 108 e 109, ambas de 2001 e art. 202 da Constituição Federal). Os únicos fundamentos constantes no acórdão são os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

No caso concreto, a Fundação Banrisul de Seguridade Social, embargante no processo referido, é uma entidade patrocinada por uma empresa pública, no caso o Banco Banrisul, e, portanto, encontra-se regida pela Lei Complementar nº 108/2001.

A referida Lei Complementar, em seu art. 3º, parágrafo único, veda expressamente o repasse de abonos de qualquer natureza aos benefícios previdenciários. Por mais esse motivo, não seria possível a concessão do Abono de Dedicação Integral aos Autores, mas tal ponto também não foi enfrentado no voto vencedor.

A sentença proferida nesses autos foi favorável à entidade de previdência privada, no sentido de negar procedência ao pedido, tendo em vista que não haveria previsão contratual de pagamento da referida verba, além de que, justamente em razão da ausência de previsão contratual, sobre ela, portanto, os Autores não contribuíram previamente. Esse entendimento foi mantido em decisão monocrática proferida em sede de Apelação, mas reformado, por maioria, em Agravo Interno pela Câmara Cível.

O voto vencido que possibilitou a interposição dos infringentes, ao contrário, analisou detidamente o contrato previdenciário e o disposto no art. 202 da Constituição Federal, tendo concluído, então, pela impossibilidade de

concessão da referida verba, ante a necessidade do prévio custeio e em atenção ao princípio do equilíbrio atuarial[242]:

> O benefício que a fundação ré está pagando corresponde ao que foi contratado. A fundação não "encolheu" o benefício complementar, apenas não pode "aumentar" o que paga, porque não houve arrecadação para suportar a concessão de abono aos inativos, que sobre essa rubrica nunca contribuíram. Se pagar valores para os quais não houve prévio custeio, ao longo do tempo, isso poderá fazer com que as reservas matemáticas se esgotem para honrar os compromissos contratuais aos participantes.
> [...]
> O benefício deve estar incluído previamente no cálculo do valor de contribuição para o plano de custeio da entidade, para garantir a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios, na forma do art. 202 da Constituição Federal.

O trecho do voto vencido do Desembargador Ney Wiedmann Neto deixa claro que a controvérsia foi analisada de acordo com o disposto nos princípios contidos em dispositivo próprio da Constituição Federal (art. 202) e na análise dos termos do contrato civil-previdenciário firmado entre as partes.

Já no voto vencedor, percebe-se a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento decisório, em detrimento do previsto na própria Constituição Federal, que possui dispositivos específicos de regência da relação jurídico-previdenciária privada, em que estão previstos os princípios que devem ser observados ao se analisar essa relação, dentre eles o da constituição de reservas (prévio custeio) e o da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

O não pagamento da verba Abono de Dedicação Integral não contraria o princípio da dignidade da pessoa humana, ao contrário, o seu pagamento consistiria em verdadeiro enriquecimento ilícito, na medida em que sobre a

---

[242] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70048500722. Apelante: Ruben Antonio Luchese. Apelado: Fundação Banrisul de Seguridade Social. Relator Desembargador Ney Wiedmann Neto. Porto Alegre, 30 de julho de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70048500722&code=4694&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL> Acesso em 27 de julho de 2013.

referida verba os Autores não contribuíram previamente, e, portanto, não poderiam recebê-la.

Por esse motivo e uma vez que existem princípios específicos aplicáveis à relação previdenciária complementar constantes na Constituição Federal (prévio custeio e o da necessidade de se manter o equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios), eram eles que deveriam ter sido sopesados pelo julgador no caso concreto e não um princípio geral e aberto como o da dignidade da pessoa humana, que serviu apenas como fundamento retórico de opiniões pessoais e políticas.

Como salientado em tópico anterior, pagar um benefício sem que haja a fonte de custeio, ou seja, sem que sobre ele a parte requerente tenha contribuído previamente, acarreta o desequilíbrio do plano de benefícios, que, por sua vez, é uma universalidade de direitos e, diante do princípio do mutualismo, tal fato prejudicará os demais participantes que não ingressaram com esse tipo de demanda (conflito de interesses entre participantes e os demais participantes e, não, participantes e entidade de previdência complementar)[243].

Por certo que a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana no caso em comento foi inapropriado, em notório ativismo judicial, já que foi aplicado em detrimento do previsto na própria Constituição Federal, como meio de expressar as preferências pessoais do julgador.

A correção ou incorreção do voto vencido do Desembargador Ney Wiedmann, transcrito anteriormente, não é objeto de análise neste artigo. O referido voto poderia até mesmo ter refletido entendimento diametralmente oposto, mas o julgador, no entanto, ao analisar uma questão jurídica envolvendo a previdência complementar, deve julgar de acordo com a legislação de regência dessa matéria e não se utilizar de princípios abertos e

---

[243] A propósito ver entrevista de REIS, Adacir. *Por dentro dos Planos: Ações Judiciais.* Revista Petros, n. 7, ano 1, set/out, 2012. pp. 18-19. e em *A diferença da conta*. Revista da Funcef, Brasília, n. 45, junho/2010, pp.7-8

de forte conotação ideológica, como o da dignidade da pessoa humana, notadamente em casos envolvendo Direito Privado, fruto da convenção das partes e que possui princípios específicos que coíbem abusos.

Outro exemplo da utilização inapropriada do princípio da dignidade da pessoa humana na previdência complementar pode ser encontrado nos acórdãos que julgaram a matéria relativa à incorporação do auxílio cesta-alimentação nos benefícios previdenciários pagos por entidades fechadas de previdência complementar.

Até o meio do ano de 2012, quando o STJ pôs fim a essa discussão, por meio do julgamento, pela 2ª Seção, do recurso repetitivo (REsp nº 1.207.071/RJ), de relatoria da Min. Maria Isabel Gallotti, já referido anteriormente, os Tribunais pátrios decidiam, sem qualquer divergência, que a referida verba deveria ser incorporada aos benefícios, em nome da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

O auxílio cesta-alimentação é uma verba de natureza indenizatória, por força do disposto em instrumento coletivo de trabalho, cujo pagamento é feito somente aos trabalhadores em atividade. Essa verba não encontra previsão nos contratos previdenciários e, portanto, sobre elas os participantes não contribuíram para formar a respectiva fonte de custeio, o que foi observado pelo STJ no julgamento do referido recurso repetitivo.

No entanto, os Tribunais brasileiros entenderam durante muitos anos, sem qualquer análise do disposto na legislação de regência e no contrato civil-previdenciário, que essa verba deveria ser integrada aos benefícios previdenciários em nome do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, o que pode ser ilustrado com esse julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais[244]:

---

[244] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Embargos Infringentes nº 1.0145.09.509560-3/002. Embargante: Alberto Fernandes. Embargado: Bradesco Vida e Previdência. Relator Desembargador Pedro Bernardes. Belo Horizonte, 04 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=19&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=dignidade%20pessoa%20humana%20e%

> EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE COBRANÇA - PREVIDÊNCIA PRIVADA - AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO - CARÁTER REMUNERATÓRIO - EXTENSÃO DOS VALORES AOS INATIVOS.
> - O auxílio alimentação, desde que não seja pago in natura, integra o salário dos funcionários da ativa, devendo ser incorporado aos inativos que recebem aposentadoria complementar, pois evidenciado o caráter remuneratório da parcela, sendo que o não-pagamento acarreta violação aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, previstos constitucionalmente.

Os exemplos da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana nos julgamentos envolvendo a previdência complementar são os mais diversos e podem ser encontrados em rápidas pesquisas nos sítios dos Tribunais pátrios[245]. Na grande maioria dos casos, esse princípio, juntamente com o da isonomia, é o único fundamento invocado para a resolução das controvérsias em total desprezo aos princípios, regras e à própria realidade que envolve a previdência complementar brasileira.

Não se desconhece e nem se retira a importância dos movimentos, como, por exemplo, o do realismo jurídico, que defendem a superação do excessivo formalismo jurídico, que resume a atividade jurisdicional a algo mecânico (mera subsunção dos fatos à lei). De fato, o direito é complexo, envolve uma gama de ambiguidades e contradições, que não podem ser reduzidas à análise pura e simples da letra fria da lei.

Há que se pensar num meio-termo, já que também não se pode admitir que o juiz, a partir unicamente de suas preferências políticas, preconceitos e personalidade, despreze a existência de legislação sobre determinado tema, que é fruto da construção legítima do Estado Democrático de Direito.

Isso porque, conforme observa Luis Roberto Barroso (2013, p. 432):

20previd%EAncia%20privada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar>. Acesso em: 28 de julho de 2013.

[245] Outros exemplos: TJSP, Apelação Cível nº 0126353-67.2009.8.26.0100, Relator Desembargador Rebouças de Carvalho, julgado em 05.06.2013; TJCE, Agravo de Instrumento nº. 476-84.2009.8.06.0000/2, Relator Desembargador Francisco Auricélio Pontes, julgado em 09.05.2013;

> O discurso normativo e a dogmática jurídica são autônomos em relação às preferências pessoais do julgador. Por exemplo: o desejo de punir uma determinada conduta não é capaz de superar a ocorrência de prescrição. O ímpeto de conhecer e julgar uma causa não muda a regra sobre legitimação ativa ou sobre prejudicialidade. De modo que o sentimento pessoal de cumprir o próprio dever e a força vinculante do direito são elementos decisivos na atuação judicial. Mas há que se reconhecer que não são únicos.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser invocado se o Ordenamento Jurídico Pátrio dispuser de regras objetivamente claras sobre determinada matéria, como ocorre na Previdência Complementar Brasileira.

Conclusão

A utilização em larga escala do princípio da dignidade da pessoa humana em julgamentos que envolvem as mais diversas matérias tem contribuído para a sua banalização.

Princípio de extrema importância para coibir situações de completa degradação do ser humano e de forte conteúdo axiológico, tem servido de espelho a refletir posições pessoais de cunho moral e político dos julgadores e, nessa medida, aberto as portas para o ativismo judicial em sua forma danosa.

A invocação inadequada do princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente em casos envolvendo a Previdência Complementar Brasileira, atinente ao Direito Privado e, portanto, à vontade das partes, tem esvaziado o seu significado, ao mesmo tempo em que permite o ativismo judicial, este compreendido em sua acepção negativa, em que o Poder Judiciário extrapola os limites de sua atividade jurisdicional, afastando, sem qualquer justificativa, a aplicação da legislação pertinente e julgando as controvérsias de acordo com opções morais e políticas, não jurídicas.

Nos julgados analisados nesse artigo, verifica-se a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento central na análise das

controvérsias envolvendo a previdência complementar, sem qualquer exame da legislação especial e das pactuações disciplinadoras desse Regime.

Uma das razões que explica a utilização frequente do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos que envolvem a Previdência Complementar se deve ao fato de que a cultura previdenciária privada no Brasil ainda é muito nova, sendo, portanto, pouco conhecida do Poder Judiciário, o que tem levado os julgadores a confundi-la com o Regime de Previdência Social (INSS), do qual é independente e autônoma.

A referida confusão não se dá apenas no campo normativo, mas também no campo político, na medida em que os problemas atravessados pelo INSS são de conhecimento público, o que faz com que essa realidade seja transportada pelos julgadores equivocadamente para a Previdência Complementar, fato que contribuiu para que as decisões judiciais reflitam o objetivo deles de garantir o chamado mínimo existencial, esse de responsabilidade do poder público.

A previdência complementar, sem dúvida, se soma à Previdência oficial, numa relação de complementaridade, com o intuito de garantir aos trabalhadores (contratantes) que eles tenham, na inatividade, padrões de vida próximos aos que usufruíam quando ainda estavam em pleno exercício de suas capacidades laborais.

No entanto, caso as regras e princípios próprios a esse Regime sejam desprezados em reverência às opções pessoais e políticas de alguns julgadores, o Regime de Previdência Complementar não se sustentará.

Isso porque, ao conceder determinado benefício sem que para ele o requerente tenha contribuído previamente, em atenção ao que preceitua o princípio da dignidade da pessoa humana, longe de fazer “justiça”, acabará por inviabilizar o sistema financeira e atuarialmente, e repercutirá não apenas para os que ajuizaram a ação, mas para todo o conjunto de participantes da entidade demandada, ante a característica mutualista da previdência complementar.

As decisões analisadas neste artigo refletiram posições ativistas dos Tribunais pátrios, que devem ser rechaçadas, já que empregadas não em casos difíceis, mas em situações em que havia legislação objetivamente clara disciplinando a matéria posta a julgamento (previdência complementar), sendo, portanto, desnecessário o uso de um princípio tão aberto e carregado de concepções valorativas como o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. INSTITUTO DE CERTIFICAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE SEGURIDADE SOCIAL (Et. al). *Dicionário de Termos Técnicos da Previdência Complementar.* São Paulo, 2005.

AVENA, Lygia. “Aspectos legais sobre a estruturação e o funcionamento dos Fundos de Pensão e a responsabilidade dos seus dirigentes”*, In:* Introdução à previdência complementar (coordenador editorial Wagner de Góes). – São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2005, p. 171-192.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Separata* da Revista dos Tribunais, n. 101, vol. 919, p.127-129, maio de 2012.

_____________________. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 432.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial”. *In:* Andre Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino (orgs.), *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm: 2011, p. 387- 401.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

______. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

______. Lei 6.435, de 15 de julho de 1977. Dispõe sobre as entidades de previdência privada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6435.htm>. Acesso em 15 de julho de 2013.

______. Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp108.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2013.

______. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm>. Acesso em 15 de julho de 2013.

______. Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm> Acesso em 15 de julho de 2013.

_______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.207.071/RJ. Recorrente: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil.

Recorrido: Gilberto Pires Franco. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 27 de junho de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001430498&dt_publicacao=08/08/2012>. Acesso em: 27 de julho de 2013.

_______.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70055086953. Embargante: Fundação Banrisul de Seguridade Social. Embargado: Ruben Antonio Luchese. Relator: Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 05 de julho de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70055086953&code=7137&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%203.%20GRUPO%20CIVEL> Acesso em: 27 de julho de 2013.

_______. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70048500722. Apelante: Ruben Antonio Luchese. Apelado: Fundação Banrisul de Seguridade Social. Relator Desembargador Ney Wiedmann Neto. Porto Alegre, 30 de julho de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70048500722&code=4694&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL> Acesso em 27 de julho de 2013

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Embargos Infringentes nº 1.0145.09.509560-3/002. Embargante: Alberto Fernandes. Embargado: Bradesco Vida e Previdência. Relator Desembargador Pedro Bernardes. Belo Horizonte, 04 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=9&totalLinhas=19&paginaNumero=9&linhasPorPagina=1&palavras=dignidade%20pessoa%20humana%20e%20previd%EAncia%20privada&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncia

s%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 28 de julho de 2013.

______. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0126353-67.2009.8.26.0100. Apelante: José Roberto Marconi. Apelado: Fundação CESP. Relator Desembargador Rebouças de Carvalho. São Paulo, 05 de junho de 2013. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6777170&vlCaptcha=pmyec> Acesso em 27 de julho de 2013.

______. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Agravo de Instrumento nº. 476-84.2009.8.06.0000/2. Agravante: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Nordeste. Agravado: Ângela Maria Rodrigues Lopes de Aguiar. Relator Desembargador Francisco Auricélio Pontes, Fortaleza, 09 de maio de 2013. <http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1477952 > Acesso em 27 de julho de 2013.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. A ciência do Direito. São Paulo: Atlas, 1980.

KANT, Immanuel – Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

REIS, Adacir. As entidades fechadas de previdência complementar e a súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça *In:* Adacir Reis *et al*, (org.). *A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor para as entidades fechadas de previdência complementar*. São Paulo: ABRAPP, 2013. p. 9-27.

__________. Temas centrais da nova legislação. *In:* Adacir Reis (org.). *Fundos de Pensão em Debate.* Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

__________. Por dentro dos Planos: Ações Judiciais. Revista Petros, Rio de Janeiro, ano 1, n. 7, set/out, 2012, pp. 18-19.

__________. A diferença da conta. Revista da Funcef, Brasília, n. 45, junho/2010, pp. 7-8.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

"VASTAS EMOÇÕES E PENSAMENTOS IMPERFEITOS" – ALGUMAS IDEIAS SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA NO DIREITO.

Paulo G. Gonet Branco[246]

10.11117/9788565604222.07

É com a frase citada no título que o personagem de Rubens Fonseca, no livro de mesmo nome, penosamente agarrado a um poste de luz, avalia uma série de peripécias ligadas à busca de algo que tudo indica não existir. O mundo seria composto de vastas emoções e pensamentos imperfeitos.

Embora não seja fácil imaginar um jurista tão frustrado com a falta de definição sobre o que seja o princípio da dignidade da pessoa humana que chegue a tal confusão existencial, não custa reconhecer que, também nessa área, as filosofias são muitas, as opiniões são diversas, os pensamentos não se mostram irretocáveis e há certamente excesso de apelos emocionais.

Chega a ser um desafio evitar tanto o extremo do sentimentalismo juridicamente estéril como a confusão do Direito com a filosofia, em que o jurista, não raro, se perde, por deficiência de meios para lidar na outra área. Tampouco o tratamento do tema pode ser dado como satisfeito mediante o (irritante) realce meramente semântico – sem cuidado de especificação minimamente crítico – da importância do princípio, a que se ajunta um punhado de preceitos de direito interno e comparado, ocupados com o postulado.

É importante buscar a compreensão do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, sem que se velem influências filosóficas e voltando-se ao intuito de encontrar emprego útil do conceito no campo jurídico.

> *A importância de se assegurar a todos uma elementar pretensão de respeito à sua integridade de ser humano foi sentida, de modo mais radical, quando o término da 2ª Guerra Mundial expôs as crueldades que se é capaz de produzir a partir da negativa de respeito a alguns grupos de pessoas.

---

[246] Sub Procurador-Geral da República. Professor no Instituto brasiliense de Direito Público.

A expressão *dignidade humana* começa a integrar diplomas jurídicos, como foco dos documentos protetores de direitos humanos e direitos fundamentais. Recebeu especial destaque na Lei Fundamental de Bonn de 1949, que influenciou todo o constitucionalismo europeu continental do pós-Guerra, além de inspirar países latino-americanos e a África do Sul democratizados.

Sabe-se que a expressão foi acolhida nos encontros internacionais por ser assimilável a todas as tendências de pensamento e políticas. Embora os países tivessem, já à época da fundação das Nações Unidas, intensas dissensões sobre em que consiste a dignidade humana, todos estavam de acordo de que as pessoas humanas possuíam distinção singular, que lhes atraía o direito de serem tratadas sem humilhações e apoucamentos.

A abertura conotativa da expressão e a unanimidade emocional que congrega deram margem ao prestígio praticamente universal que ganhou. Mesmo nos Estados Unidos, em que a expressão não aparece no Texto Constitucional – a Constituição é do final do século XVIII –, tem sido referida em acórdãos de repercussão (caso Lawrence v. Texas, por exemplo, em que se cuidou da liberdade de serem mantidas relações homossexuais entre adultos que com elas consentem).

Essa extensão indefinida da expressão tem conduzido a abordagens distintas sobre a natureza jurídica da dignidade da pessoa.

CONTRA E A FAVOR

Diante da impossibilidade que alguns enxergam de se estabelecer um conceito fixo de dignidade da pessoa, dada a sua ambiguidade, sustenta-se que o conceito é de reduzidíssima utilidade para guiar os juízes numa decisão correta sobre direitos fundamentais. Por isso, a Suprema Corte do Canadá se declarou inclinada a abandonar o conceito, já que a maioria dos seus integrantes entendeu que se trata de uma noção abstrata e subjetiva, confusa e

difícil de aplicar.[247] Fala-se, em doutrina,[248] que o conceito é escorregadio e que é inviável obter um consenso sobre o que a dignidade requer, sobre o que significa ser humano e em que consiste obter um desenvolvimento dos seus potenciais. Outros ainda, como Peter Singer, querem que a expressão seja enganosa, por excluir os animais.

De outra parte, há os que não recusam importância jurídica à dignidade da pessoa. Nos lugares em que ela frequenta diplomas constitucionais, como no Brasil, isso é imperioso.

Mesmo, entretanto, entre os que acolhem a sua importância para o Direito, são bem claras certas diferenças.

Há os que entendem que a dignidade é um princípio central do ordenamento, uma norma objetiva, que guia a ação hermenêutica, mas da qual não se extrairiam direitos subjetivos; i. é, direitos exigíveis em juízo. Até se admite que o princípio obriga o Estado não apenas a condutas omissivas, como, igualmente, a prestações positivas, mas se argui que não intitularia o sujeito particular a demandas específicas. O respeito à dignidade denotaria uma exigência básica ao Estado e aos cidadãos de tratar as pessoas como seres dotados de respeitabilidade máxima. A dignidade seria o princípio básico da Constituição e o seu objetivo último, concretizando-se por meio dos direitos fundamentais de liberdade e de autonomia. Obrigaria que sempre se preservasse um conteúdo essencial desses direitos elementares.

Por esse modo de ver, toda lesão da dignidade seria reconduzível a uma lesão a um direito fundamental concreto.

Não é esta, contudo, a opinião majoritária da doutrina nem da praxe mais frequente dos tribunais.

Advoga-se, majoritariamente, que o princípio da dignidade é também um direito fundamental. Há, aqui, porém, divisões, entre os que asseguram se

---

[247], citado por Jeremy Waldron. "Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley". http://ssrn.com/abstract=1461220, acesso em 27.9.2013.

.

tratar de um direito absoluto e os que entendem que também a dignidade pode ser objeto de ponderação.

Compreende-se, de toda forma, que se trata de um direito que assiste a todo ser humano e em igual medida a todos, não havendo quem tenha mais ou menos dignidade.

A dignidade seria uma fonte e fundamentação de direitos, especialmente de direitos não explicitados na Constituição.

Essa noção da dignidade como direito fundamental ganha prestígio depois dos horrores totalitários do nazismo e permite que se note mais uma outra diferenciação.

A dignidade da pessoa humana tanto se refere a um atributo de todos os seres humanos, quando é então uma noção descritiva, como também alude a um preceito, revelando-se uma noção normativa de conduta, que se liga a como as pessoas devem ser tratadas. Assim, é possível não tratar alguém com dignidade e ao mesmo tempo afirmar que essa pessoa possui uma intrínseca dignidade. É possível também dizer que alguém é intrinsecamente digno mas que a sua dignidade está sendo esmagada, violada. As duas noções não são antitéticas, da ideia de dignidade é possível extrair modelos de comportamentos que são ofensivos a ela. Da mesma forma, é possível dizer de alguém, que se reconhece como ontologicamente marcado pela dignidade da pessoa humana, que se comporta de modo indigno, tomando-se a expressão, agora, sob o ângulo ético ("referindo-se, não ao ser da pessoa, mas ao seu obrar"[249])

Pode-se citar um episódio da História que confirma a assertiva de que a ofensa à dignidade é facilitada quando não se enxerga a *dignidade-atributo* nos demais seres humanos.

---

[249] Roberto Adorno. Bioética y dignidad de la persona. Madri, Technos, 1997, p. 57. O autor prossegue dizendo: "nesse sentido, o homem faz de si mesmo mais digno quando sua conduta está de acordo com o que ele é, ou melhor, como o que ele deve ser. Esta dignidade é fruto de uma vida conforme ao bem e não é possuída por todos da mesma maneira. Trata-se de uma dignidade dinâmica, no sentido de que é construída por cada um por meio do exercício da sua liberdade".

Anos depois de condenado criminalmente, o comandante de Treblinka, Franz Stangl (extraditado em 1967 pelo Brasil para a Alemanha), foi indagado sobre o porquê de tantas humilhações e torturas aos internados no campo de concentração, se eles iam ser mortos de qualquer forma. A resposta foi: "para condicionar os que tinham que desempenhar a política do extermínio. Para fazer possível que eles fizessem o que fizeram"[250].

Esse episódio insinua uma importante abordagem sobre o conteúdo do direito à dignidade – o seu respeito se deve não apenas por conta dos que sofrem com o ataque, mas para que se preserve a própria humanidade contra atos que lhe são potencialmente destrutivos.

2. CONTEÚDO DO DIREITO À DIGNIDADE

Agride a dignidade a humilhação profunda da pessoa que é tratada como coisa.

Entre os que aceitam a dignidade como direito fundamental, na verdade, esse conteúdo não somente é reconhecido, como ainda é tido como bastante em si. Na Alemanha, há quem sustente que a imposição do respeito e de promoção da dignidade deve ser entendida como resposta à situação desnorteante do nazismo. Assim, o direito que geraria seria o de não ser objeto de genocídio ou de tratamentos extremos. O conteúdo da dignidade como princípio e direito fundamental seria assim circunscrito e definido.

Essa, porém, não é a opinião dominante. O conceito ganhou um significado mais dilargado diante das peculiaridades do nosso momento. De toda sorte, há a preocupação em se esclarecer que não é qualquer ofensa a alguém que configura ataque à dignidade. Para que se situe o tema num contexto apropriado, é indispensável, portanto, que se busque descobrir que dignidade é essa referida nesse direito.

---

[250] Jonathan Glover. Humanity – a moral history of the twentieth century. New Haven, Yale University Press, 2001, p. 343.

É comum buscar apoio para a tarefa em fontes filosóficas diversas. Isso leva Jónatas Machado a sustentar que dignidade humana é a "síntese, geral e abstrata, de princípios teológicos, ideológicos e políticos, resultantes de reflexão multissecular em torno da pessoa, de suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, materiais, racionais, emocionais, físicos e sociais a serem considerados na comunidade política"[251].

É dado arguir que o conceito assim formulado mostra-se por demais genérico, a reduzir-lhe a utilidade prática, mas serve de auxílio por referir a necessidade de se buscar em saberes distintos o norte para a argumentação em torno da dignidade humana.

Costuma-se, então, lembrar que já na Antiguidade se reconhecia aos homens um valor superior diante das criaturas não humanas, ainda que a noção de dignidade equivalesse a uma perspectiva de posição social. No estoicismo, também se nota o reparo de que os homens se singularizam pelo compartilhamento do atributo da razão. Sêneca, entre os clássicos, e escrevendo um libelo contra as violências dos jogos circenses romanos, lembrava que o "homem é uma coisa sagrada para o homem" (*homo hominis sacra es*). Dá-se conta de que o compartilhamento do sofrimento alheio nos alerta para o outro, ativa a alteridade. Admoesta-nos, assim, para o valor inerente e absoluto de todo homem.

Mas é a cultura judaico-cristã que mais funda e relevantemente assenta o valor insubstituível de cada ser humano. A concepção do *imago Dei* é decisiva para a compreensão de como nós e os países que tomamos como paradigmas contemplam a importância ímpar de cada pessoa.

A tradição judaico-cristã formula um conceito do homem de importância sem igual na ordem da Criação, na medida em que o eleva à condição de imagem e semelhança do próprio Ser Perfeito. O cristianismo enfatiza ainda mais essa singular relevância do ser humano, ao reportar que o próprio Deus se fez homem, foi torturado e morreu pela salvação dos homens, retornando ao

---

[251] Jónatas Machado. Liberdade de Expressão. Coimbra. Coimbra editora, 2002, p. 358.

seio da divindade sob a mesma forma de homem. Daí se abre margem para se extrair o direito e o dever de que todos sejam tratados com máximo respeito, já que detentores de um valor incalculável pelo só fato de serem humanos – um valor de que não se podem demitir.

Daqui resulta firmada também conceitualmente a igual dignidade de todos. As ideias de que todos são chamados ao cuidado pelo próximo e a obedecer o decálogo moral revelado aos homens, rendendo culto a Deus como ser superior, livres para obedecer-Lhe, recorta o conteúdo da dignidade da pessoa, anuindo direitos a todos e revelando deveres e responsabilidades. Seria, na verdade, furtar o princípio das suas dimensões mais elementares não reconhecer essas suas origens, que tornam equivalente ser digno a ser pessoa.

Com o iluminismo, a partir do século XVIII, e, em especial, com Kant, tenta-se destacar a ideia de dignidade da perspectiva transcendental. O viés imanentista encontra no homem um valor absoluto, mas se sustenta que a dignidade tem fundamento na autonomia moral, na ideia de que todos somos destinados a fixar, pela razão, as metas e meios de nossas vidas. A razão seria capaz de uma exata representação das leis morais. E como todos têm a mesma autonomia, todos têm a mesma dignidade, insubstituível, insuscetível de comparação – daí *dignidade* designar algo que não pode ser objeto de comparação com coisa alguma, que está fora do comércio, que não tem preço, expressão que é de um valor único. Por isso, também, a ideia que conecta a dignidade com o imperativo de que o ser humano deva ser sempre tratado como um fim em si mesmo, não podendo servir simplesmente de instrumento para um fim estranho a ele.[252]

---

[252] É de se concordar com Roberto Adorno que a passagem do fundamento transcendental para o racionalismo de cunho formalista deixou sem solução problemas cruciais, que acentuam as dificuldades no trato com a noção de dignidade da pessoa. Diz o autor: "é que, se o homem merece um respeito incondicional, pareceria que também o fundamento de tal respeito seja algo absoluto. E esse absoluto que necessitamos para fundar a dignidade da humana não o encontramos no homem mesmo, que é um ser limitado, contingente e mortal" (Bioética..., ob. cit., pp. 59-60).

Do ponto de vista histórico, aponta-se também que o postulado da dignidade encontra ecos nos antigos ordenamentos dirigidos à proteção da honra decorrente da deferência devida a certos cargos e a graus de nobreza. Nesse sentido, dignidade é termo conhecido dos romanos e de épocas antecedentes às revoluções liberais do século XVIII.[253] O significado prático se aproxima da palavra em latim “dignitas”, estado de ser merecedor de honra e respeito. A dignidade, ligada a cargos e funções, variava conforme a relevância atribuída a eles. Em outros séculos, apenas pessoas de alto *status* hierárquico poderiam pretender que o seu direito ao respeito fosse protegido numa Corte.[254] Essa compreensão seria igualmente de utilidade para se entender o princípio da dignidade hoje. O direito à dignidade na Europa continental representaria, para alguns, a extensão desse direito ao respeito, antes exclusivo de detentores de certos *status* social, a todos os cidadãos – onde antes havia mestres e escravos, agora todos são mestres.[255] Isso se reflete até na etiqueta social, com as línguas exigindo o uso de pronomes de tratamento formal para todos (senhor, *vous, lei, Sie*) e também no campo das punições. Antes, os criminosos de classe baixa eram enforcados e os de alta estirpe, degolados; adiante, com a Revolução Francesa, serão indistintamente guilhotinados.

Essa perspectiva do estudo do tema da dignidade da pessoa, porém, não tem a ver com a busca do conceito ontológico de dignidade, mas confina

---

[253] cf. Stéphanie Hennette-Vauchez. “A human Dignitas? The contemporary principle of human dignity as mere reappraisal of an ancient legal concept”. EUI WP Law 2008/18. Jeremy Waldron. “Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley”. http://ssrn.com/abstract=1461220, acesso em 27.9.2013. J. Q. Whitman. The two western conceptions of privacy: dignity versus liberty” 2002-2003 Yale Law Journal. A mesma revolução francesa, rendendo-se ainda a essa concepção, proclamou, na Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, no art. 6º, que “todos os cidadãos são igualmente elegíveis a todas as dignidades e a todas as posições e ocupações, de acordo com as suas habilidades”.

[254] Whitman, ob. cit.

[255] id. Cf. também, Waldron, Dignity, rights…, ob. cit., item 5, para quem, então, a dignidade dos altos escalões sociais foi, então, generalizada, ao invés de ter sido simplesmente repelida, concluindo que “a noção moderna de dignidade humana envolve uma equalização por cima dos escalonamentos sociais, para que agora tentemos reconhecer a todos seres humanos o que antes era concedido apenas à nobreza”.

com a compreensão das vicissitudes decorrentes do desalinhamento da dignidade vista como atributo com a dignidade na prática, na ética de cada momento. Revela, assim mesmo, um aspecto enriquecedor do tema – a ligação da dignidade com a ideia de responsabilidade.

A perspectiva ontológica de Kant, de toda sorte, apresenta notável influência na doutrina e na jurisprudência sobre a dignidade da pessoa. No STF, registram-se acórdãos em que se livra réu de ação penal, porque a denúncia é vaga e se diz, então, que o acusado está sendo tratado como meio, e não como fim.

Essa declarada impossibilidade de se situar alguém numa relação social como meio a uma finalidade não pode, entretanto, ser aceita sem cuidados mínimos. Repare-se que Kant rejeita que a pessoa seja reduzida a apenas um meio para um fim. Atente-se, ainda, para que o Direito admite que a pessoa, por exercício de autonomia, se ponha a serviço de outrem ou de outra finalidade (como, por exemplo, o soldado na guerra ou a parte no contrato de prestação de serviço, etc). A instrumentalização é imprópria, sim, quando importa humilhação para o agente.

Propõem-se, então, outros pontos de grande dificuldade: quem define o que é humilhante? O ofendido, a sociedade, o Estado? Pode o Estado limitar a liberdade de alguém proibindo uma atividade com a qual o sujeito concorda?

Essas indagações, associadas à ideia – verdadeira – de que dignidade humana tem a ver com liberdade e autonomia da pessoa, leva, por vezes, a soluções desnorteantes. O problema pode ser identificado na compreensão do que seja a autonomia da pessoa e a natureza da sua liberdade.

Com efeito, se é intrínseco ao homem buscar por si a sua realização, por que não deixar a cada qual definir o objetivo da sua própria existência? Como poderia o Direito proibir ou obrigar condutas a pretexto de conduzir o homem ao bom e ao valoroso, especialmente numa sociedade laica e pluralista?

Surgem as críticas de que a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana não passa de um embuste para uma atitude paternalista do Direito, inconsistente com a autonomia que deve ser reconhecida a cada um. O Direito – argui-se então – somente estaria legitimado a limitar a liberdade na exata medida em que isso fosse necessário para preservar a liberdade dos circunstantes. Isso, contudo, longe de resolver os problemas, conduz a outras perplexidades, enredadas novamente na recusa de um padrão de avaliação absoluto. Entrega-se a solução dessas aporias, afinal, com palavras de maior ou menor grandiloquência, com maior ou menor consciência, com maior ou menor honestidade intelectual, ao voluntarismo jurídico.

Decerto que a liberdade pode ser, no plano dos fatos, individualmente orientada a finalidades impróprias à dignidade da pessoa. Se a finalidade última do Direito é defender e promover a dignidade, não parece inviável que o Direito possa, então, limitar a liberdade individual, por motivos éticos, em prol da aproximação da vida de cada sujeito ao que se extrai do atributo absoluto da sua dignidade. A dignidade é algo comum à humanidade e seu elemento definidor, de tal sorte que todo ato, até contra si mesmo, que fira uma exigência de respeito ao valor do ser humano, esbarra aí num limite para a tolerância do Direito. A essa conclusão acodem até razões existencialistas, que partem do pressuposto de que o homem é definido por suas escolhas e de que cada escolha do homem importa responsabilidade, por causa da sua inevitável repercussão sobre toda a humanidade.[256]

---

[256] Escolher isso ou aquilo é afirmar ao mesmo tempo o valor do que nós escolhemos, porque não podemos jamais escolher o mal. Sempre escolhemos o bom e nada pode ser bom para nós a não ser que seja bom para todos. Se, além disso, a existência precede a essência e queremos existir ao mesmo tempo em que construímos a nossa própria imagem, essa imagem é válida para todos e para toda a nossa era. Nossa responsabilidade é, assim, muito maior do que poderíamos supor, porque concerne a toda a humanidade" (Jean-Paul Sartre. Existentialism is a humanism - tradução para o inglês por C. Macomber. New Haven, Yale University Press, 2007, p. 24).

Se é assim, o princípio da dignidade da pessoa humana arma parâmetro para estremar a legítima função do Direito de ordenar as condutas para o bem do mero e inaceitável paternalismo.

Dignidade se vincula à capacidade – ainda que potencial – das pessoas humanas de desenvolver pensamentos conceituais e de decidir livremente pelo que é bom e justo.[257] Decidir com liberdade e responsabilidade, portanto, não é agir necessariamente segundo os próprios desejos. Estes merecem ser buscados, desde que adequados, por estarem em linha com o que é genuinamente bom e realizador das nossas virtudes e da vocação humana – o que exclui o hedonismo e o consequencialismo imediatista como paradigmas aceitáveis de avaliação.[258]

Certamente que definir o que é bom e justo prepara novas dificuldades – especialmente em sociedades que se pretendem pluralistas. Aqui, parece ser indispensável reconhecer que o pluralismo haverá de achar seus limites na formação de consensos culturais e normativos, que se desenrola num processo histórico continuado, que não pode prescindir da tradição nem das suas correções, sentidas como indispensáveis. Esses consensos construídos haverão, afinal, de guiar a solução de problemas jurídicos que realmente dependam da incidência do preceito sobre o respeito à dignidade da pessoa.

Por esse modo de ver, admite-se que a dignidade da pessoa seja inalienável e indisponível. Ainda que a ideia de dignidade seja indissociável da categoria da autonomia da vontade, não será toda manifestação de vontade que haverá de ser aceita como compatível com o valor da dignidade. Desse modo, previne-se a consequência desconcertante de se entender válido que alguém se submeta voluntariamente à escravidão. Até mesmo razões

---

[257] cf. para o argumento Patrick Lee e Robert George. "The nature and basis of human dignity". Ratio Juris, vol. 21, n. 2, junho de 2008, pp. 173-193.
[258] Lee e George, ob. cit., p. 180.

libertárias se beneficiam desse modo de ver, já que também se exclui a validade da submissão voluntária de um povo a um regime totalitário.[259]

A dignidade da pessoa humana, portanto, vincula-se a direitos a que liberdades elementares para a busca do bom e do justo sejam observadas, mas também leva à concatenação de restrições e de atribuição de responsabilidades.

Nesse sentido, compreende-se que o conceito de dignidade tenha servido para abolir preconceitos, atalhar desigualdades, promover liberdades básicas, assegurar mínimo vital de decência segundo os padrões de vida tidos como aceitáveis no momento. Mas entende-se, igualmente, que tenha embasado decisões de veto a diversões como a do lançamento de anões (França) ou à punição de especialmente violentas práticas sado-masoquistas (Inglaterra e Bélgica, com o abono da Corte Europeia de Direitos Humanos), ou ainda à proibição da prostituição (África do Sul) - mesmo que, em todos os casos, não haja faltado o assentimento dos envolvidos em tais condutas. A qualificação negativa do comportamento ultrajante da dignidade não depende necessariamente de haver ou não o consentimento, de a vítima ter ou não consciência de estar sendo usada de modo inadmissível.

CONCLUSÃO

O tema da dignidade da pessoa humana provoca variados enfoques e não poucas dissensões. Algumas delas dizem com o fundamento desse princípio jurídico, que exige uma abordagem inexoravelmente multidisciplinar, potencializadora, embora, de dissensos. As conclusões podem ser provisórias, mas dar-se à tarefa é inevitável, já que a função prática do Direito não admite o pasmo paralisante.

---

[259] Veja-se, a propósito, Jeremy Waldron. “Dignity, rights and responsabilities” Max Weber Lecture EUI: may 2010. http://ssrn.com/abstract=1710759, acesso em 26 de setembro de 2013.

Nesses limites, pode-se formular, à guisa de conclusão, a proposição de que o princípio da dignidade da pessoa humana tem força jurídica e é apto a gerar direitos, ainda que o seu papel fundamentador de direitos não possa ser banalizado, demandando sempre redobrado esforço argumentativo para se justificar. Pode-se também deduzir que, como expressa um valor, a dignidade revela responsabilidades, e com ela deveres e orientação ética das liberdades.

A DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Simone Andréa Barcelos Coutinho[260]

10.11117/9788565604222.08

INTRODUÇÃO

Há pouco tempo, nascer mulher significava ser sub-humana. Não tinha direitos de cidadania; não se lhes reconheciam os direitos à liberdade, à igualdade e à propriedade, e sequer o direito à vida era pleno[261]. A campanha pelos direitos humanos, ou direitos fundamentais, tem se dado em terrenos inóspitos, clima rigoroso e sob o ataque de armas pesadas, inclusive de destruição em massa. Há uma conta que ninguém quer fazer: quantas mulheres por ano, no mundo, são assassinadas pela violência sexista?

Poder-se-ia crer que, no Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 marcaria de morte as normas jurídicas que contivessem discriminação contra a mulher, e a esterilização do sistema, impeditiva da concepção e nascimento de novas normas desse jaez. Contudo, essa crença se desfaz, quer ante a sobrevivência, e até mesmo criação, de novas normas discriminatórias, quer ante a omissão do legislador em conferir proteção suficiente à igualdade como direito.

Em que medida esse fato social – discriminação contra a mulher – ofende a dignidade da pessoa humana? O tema é por demais vasto, e este trabalho procurará algumas respostas, através do estudo de subtemas específicos: a Lei do Planejamento Familiar, a Lei dos Registros Públicos, e a proteção insuficiente do direito de igualdade.

---

[260] Procuradora do Município de São Paulo em Brasília. Aluna da Pós-Graduação em Direito Constitucional, da Escola de Direito do IDP, em 2012.

[261] Não é pleno em muitos países, nos quais a Justiça faz vistas grossas aos "crimes de honra".

E, por falar em igualdade, este estudo deixará de dissertar sobre o princípio da isonomia, limitando-se a problematizar a discriminação contra a mulher à luz da dignidade da pessoa humana.

Procurar-se-á demonstrar que qualquer conduta ou regra que importe na sujeição das mulheres aos homens, e qualquer regra que acarrete às mulheres menor auto-determinação, e, ao mesmo tempo, mais extensos deveres e proibições, fere a dignidade da pessoa humana, em sua formulação contemporânea[262].

1. CONDIÇÃO FEMININA E CONDIÇÃO HUMANA

1.1. Quando discriminar a mulher era (?) a regra

Da Antiguidade até a primeira metade do século passado, os ordenamentos jurídicos, de braços dados com as religiões e mesmo as ciências, legitimavam a inferioridade social da mulher. As leis não a protegiam como pessoa humana, senão como propriedade do homem e mãe de seus filhos; a mulher era casada sem o seu consentimento e o marido tinha, sobre ela, direitos de vida e de morte, até o século XIX. Exemplo disso é que as Ordenações do Reino, que vigeram no Brasil até 1.830, davam ao marido o direito de matar a mulher adúltera e seu cúmplice, caso este fosse peão. Na França, o Código Napoleão determinava que a mulher devia obediência ao marido, o qual podia fazer com que fosse condenada à reclusão, em caso de adultério, conseguir divórcio contra ela (enquanto a mulher nunca tinha o direito de pedir o divórcio), e, se matasse a adúltera em flagrante, era desculpável perante a lei. Nos primeiros anos da Revolução Francesa, um verdadeiro

---

[262] A dignidade em seu sentido pré-moderno associava-se ao *status* pessoal de alguns indivíduos, numa sociedade hierarquizada, onde predominava a desigualdade entre diferentes categorias de indivíduos. Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte : Fórum, 2012, pp. 17-18.

movimento feminista desenvolveu-se, calcado na doutrina jusnaturalista, a qual afirmava que cada ser humano possui, desde que nasce, os mesmos direitos imprescritíveis e inalienáveis. Contudo, os adversários dos direitos das mulheres deslocaram a questão para o argumento de que a própria natureza as havia excluído, criando-as física e intelectualmente inferiores aos homens.[263] É o chamado discurso da naturalização das desigualdades, como legitimadoras de discriminações.

Esse argumento teria longa sobrevida. Exemplo disso é a constatação de que nenhuma Constituição brasileira, desde 1824, determinava a desigualdade de sexos; e, desde a Carta de 1934, os textos constitucionais têm sido expressos na inadmissibilidade da distinção de sexo[264]. Porém, em pleno ano de 1980, o Supremo Tribunal Federal julgava não violar o princípio da isonomia legislação estadual que reservasse o acesso ao cargo de delegado de polícia ao sexo masculino.[265] E só com a promulgação da Constituição de 1988 é que a doutrina e a jurisprudência passaram a entender que dispositivos do Código Civil então vigente, de 1916, conflitavam com o texto constitucional e não fora por ele recepcionado, como a chefia da sociedade conjugal pelo marido[266], o defloramento da mulher, ignorado pelo marido, como erro essencial sobre a pessoa e causa de anulação do casamento[267], a conduta sexual da filha como causa de deserdação[268].

---

[263] GODINEAU, Dominique. Minorités et exclus – Quels droits naturels pour les femmes d'un peuple libre? *Les Droits de l'Homme et la conquête des libertés*. Genoble : Université de Grenoble, 1988, p. 183.

« Aussi ceux qui s'opposaient au 'droit de cité' des femmes déplacerent-ils la discussion sur la question préalable de savoir si les femmes appartenaient pleinement au corps social. Ils posèrent donc comme postulat du départ que la nature elle-même les en avait exclues en les avant crées physiquement e intellectuellement inférieures aux hommes : postulat qui servait de conclusion et permettait de ne pas effleurer la question du droit naturel. »

[264] Exceto a Carta outorgada de 1937, que dizia apenas "todos são iguais perante a lei".

[265] RE 92.135/RJ, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *RTJ* 92/1391; RE 93.122/PR, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31.10.1980, *DJ* 19.12.1980, p. 1.432.

[266] Art. 233.

[267] Art. 219, IV.

[268] Art. 1.744, III.

Até a intensificação do Feminismo nos anos 60-70 do século XX, os ordenamentos jurídicos dos mais diversos países acatavam as diferenças de gênero como determinantes ou legitimadoras da diferença de direitos entre homens e mulheres. Vale dizer, políticos e juristas eram incapazes de enxergar *injustiça* no *status* sócio-jurídico diferenciado em razão do sexo, privilegiado para o homem e rebaixado para a mulher.

Esses fatos, dentre inúmeros, demonstram que os costumes sexistas têm um poder tão grande, a ponto de desfazerem a hierarquia das normas jurídicas, invertendo-a, na criação, interpretação e aplicação do Direito. Valores milenares, fortemente introjetados na consciência coletiva, repetem-se acriticamente como verdades insuperáveis, que nem mesmo uma norma constitucional consegue vencer; antes, o conteúdo da norma é distorcido pelos valores que a sua formulação visa superar.

Os costumes sexistas, os papeis estereotipados de mulheres e de homens e o preconceito androcêntrico sobrevivem na sociedade, à margem da Constituição. Essas patologias manifestam-se numa miríade de práticas, que rebaixam e humilham a mulher, sobretudo se comparada ao homem. E ainda contaminam o Direito.

1.2. Dignidade da pessoa humana e condição feminina

O conceito de dignidade da pessoa humana, adotado para os fins deste trabalho, é o exposto por BARROSO, cuja matriz é o pensamento de Immanuel Kant, segundo o qual

> (...) a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legitimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). (...)[269]

---

[269] Ibidem, pp. 72-73.

O valor intrínseco, esclarece Barroso, é o "(...) o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser"[270]. O ser humano é dotado de um conjunto de características comuns, como razão, sentimentos e capacidade de comunicação. Essas características, prossegue o autor, conferem à pessoa humana um "*status* especial e superior no mundo, distinto do de outras espécies". O valor intrínseco se manifesta na ideia do ser humano como um fim em si mesmo, e não como um meio para fins individuais ou coletivos de outrem. Para Barroso, o valor intrínseco está na origem dos direitos à vida, à igualdade, à integridade física e psíquica, e independe da própria razão em atividade[271], pois presente em bebês e em pessoas com qualquer grau de deficiência mental.

Esta noção parece coincidir com a concretizada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 54[272]. Do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, destaque para os seguintes trechos:

> Ao contrário do que sustentado por alguns, não é dado invocar, em prol da proteção dos fetos anencéfalos, a possibilidade de doação de seus órgãos[60]. E não se pode fazê-lo por duas razões. A primeira por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade. A segunda por revelar-se praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo. Essa última razão reforça a anterior, porquanto, se é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade.

Mais adiante:

> A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de

---

[270] Ibidem, p. 76.
[271] Ibidem, p. 77.
[272] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, 2012.

> toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana.

O segundo eixo do conceito proposto por Barroso é a autonomia, correspondente à capacidade de alguém tomar decisões e fazer escolhas, baseadas na sua própria concepção de bem, a qual pressupõe razão (capacidade intelectual de escolha), independência (ausência de situação de sujeição) e escolha (existência real de alternativas).[273] Observe-se que a definição de autonomia identifica-se com a de liberdade, direito fundamental de primeira geração. Logo, a autonomia, como conteúdo da dignidade humana, parece melhor colocada se realçada em termos de proibição de situação de sujeição.

O terceiro ponto do conceito proposto por Barroso – o valor comunitário – ou dignidade-restrição, corresponde a reconhecer que o Estado e a comunidade estabelecem metas coletivas e restrições sobre direitos e liberdades, em nome de certa concepção de bem.[274] Esta é a face mais ambivalente do conceito de dignidade da pessoa humana, pois limitações à autonomia, para além da proteção contra danos, exigem consenso social forte, como na interdição à pedofilia.

Em síntese, o conceito de dignidade da pessoa humana envolve o reconhecimento do valor intrínseco de cada membro da espécie humana e de sua autonomia. Cada pessoa é um fim em si mesma, e não um meio para os fins de outrem. Diante de alternativas reais, toda pessoa pode tomar decisões e fazer escolhas.

Assim posta a dignidade da pessoa humana, cabe traçar um paralelo entre o princípio e a condição feminina.

O que esta vem a ser?

---

[273] Ibidem, pp. 81-82.
[274] Ibidem, p. 88.

Condição feminina é o conjunto de padrões estereotipados de comportamento e de práticas sociais, culturais e consuetudinárias, que se valem do sexo como fator de classificação, determinando diferentes *status sociais* para homens e mulheres, colocando estas em posição de inferioridade e/ou subordinação em relação àqueles. Construída historicamente em caráter praticamente universal, pode-se dizer que converteu-se numa verdadeira superestrutura; questionada (com idas e vindas) do final do século XVIII ao presente, ainda não foi possível sua total implosão, apesar dos avanços sociais e do reconhecimento dos direitos das mulheres como direitos humanos, no plano internacional, e nas constituições de muitos Estados. No Brasil, como será visto nos tópicos seguintes, insiste e persiste, afetando o direito ordinário.

Para melhor elucidar o conceito ora proposto, colhem-se alguns exemplos.

Uma nota característica da condição feminina é o *altruísmo forçado,* reprimindo-se, na mulher, o individualismo e negando-se-lhe o direito de colocar a si mesma em primeiro lugar na sua própria vida. A condição feminina, portanto, cerceia a expressão individual da mulher e é o maior desafio à sua autonomia. Por exemplo: Muitas mulheres ainda abandonam o trabalho porque tiveram filhos e crêem-se obrigadas a deles cuidar, priorizando a maternidade em detrimento da profissão. Isso ocorre porque o preconceito impôs o "dogma" de que é função da mãe cuidar dos filhos. Não é função do pai. Algum homem já deixou de trabalhar para cuidar dos filhos? Das mulheres, tal conduta ainda é exigida, a pretexto de ser "natural"... Sintoma disso é o aparecimento de propostas no sentido de se estender ao máximo a licença-maternidade; da imposição de penas às mulheres que coloquem as crianças em creches ou similares, durante o gozo da licença-maternidade.[275]

---

[275] É o caso do inciso III do artigo 198 da Lei paulista nº 10.261/1998, com a redação dada pela Lei Complementar paulista nº 1.054/2008, dispondo que cometerá falta grave a servidora do Estado de São Paulo que, durante a licença, exercer qualquer atividade remunerada ou mantiver a criança em creche ou organização similar.

Não é difícil, portanto, perceber que a condição feminina, por partir do pressuposto de que a mulher não é igual ao homem (valores intrínsecos diferentes, em razão do sexo), não pode ter as iguais possibilidades de escolha (menor autonomia), consideradas suas funções na família e na sociedade (meio para os fins alheios) viola a noção de dignidade da pessoa humana.

2. DESAFIOS À DIGNIDADE HUMANA DA MULHER

A despeito do direito de igualdade previsto no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição da República, e de o direito de liberdade, nos termos da Constituição, serem rigorosamente os mesmos para ambos os sexos, a condição feminina opera no plano dos fatos e tem sujeitado as mulheres a mais extensas proibições e a maiores encargos, resultando-lhes, pois, um menor plexo de direitos que o dos homens. E tem sujeitado as mulheres ao preconceito, à discriminação e à violência.

Muitos homens ainda sentem-se à vontade para imporem-se, inclusive pela força, sobre as mulheres, e as próprias mulheres inclinam-se a aceitar como *normal* a hierarquia sexual, devido à educação domesticadora que perpetua o preconceito e faz da mulher sua aliada[276] .

Além disso, a sociedade impõe às mulheres um padrão de feminilidade que as predispõem a sofrer violência física e psicológica, porque não são ensinadas a desenvolver a força física e a capacidade de defesa e de ataque. Ao contrário, ensinam-se-lhes a docilidade, a passividade e a concórdia. A mulher que se desvie desse padrão esperado, e ouse lutar por seus direitos, comunicar-se de forma assertiva, torna-se alvo fácil de agressões físicas e verbais: não pode agir "como homem".

---

[276] DALLARI, Dalmo de Abreu. O Preconceito. *Policiais, Juízes e Igualdade de Direitos.* Vários autores. São Paulo: Júlio Lerner Editor, 1996/1997, p. 89.

Pode-se dizer que o direito ordinário brasileiro promove a dignidade das mulheres?

Hoje ainda temos, na República Federativa do Brasil, leis de conteúdo discriminatório. Só com a promulgação da Lei nº 11.340/2006 os crimes praticados com violência contra a mulher foram excluídos do regime das infrações de menor potencial ofensivo, no caso do cometimento de infrações cuja cuja pena cominada em abstrato não fosse superior a um ano (Lei 9.099/1995, art. 61).

E, como será visto adiante, o Estado deixa a descoberto de lei a discriminação contra a mulher e tortura.

Ainda, tem-se a certeza de que a discriminação contra a mulher *não* é praticada apenas pelo Estado e seus agentes. Os particulares discriminam a mulher, com freqüência infinitamente maior que o Estado e seus agentes, até porque esses se sujeitam ao regime jurídico de direito público, o que dificulta a prática da discriminação. Assim, a empresa privada discrimina no momento de admitir pessoal. Veicula um anúncio de jornal exigindo "sexo masculino" e ninguém objeta. O comércio e o setor de serviços muitas vezes discriminam as mulheres, dando-lhes atendimento negligenciado ou negando o atendimento, como os estabelecimentos que só recebem mulheres "acompanhadas". A mulher que aparente ser jovem ou solteira ainda é discriminada, ao ser chamada de "senhorita", quando o homem, independentemente de idade ou de estado civil, é sempre "senhor"... Nenhuma medida oficial jamais foi tomada contra o denominado "turismo sexual". Quanto ao assédio moral no trabalho, as mulheres são mais vitimadas.[277]

É imperioso que em todas as relações sociais, a mulher seja tratada com igualdade em relação ao homem, vale dizer, com o mesmo apreço, o

---

[277] Segundo dados da página da Internet www.assediomoral.org/eventosIseminario/4assedio.htm, os maiores percentuais de assédio moral verificados em diversos países atingem as mulheres. E, segundo consta da página www.europarl.eu.int/meetdocs/commitees/femm/20010620/439227pt.pdf, conforme Marie-France Hirigoyen, existe uma proporção de 70% (setenta por cento) de mulheres vitimizadas pelo assédio moral para 30% (trinta por cento) de homens na Europa. Ambas as páginas acessadas em 30.03.2004.

mesmo respeito, livre de práticas tradicionais e de linguagem discriminatórias.[278]

Agora, passa-se à abordagem de alguns pontos críticos do direito ordinário brasileiro, que tocam diretamente a dignidade da pessoa da mulher.

2.1. Lei dos registros públicos

A Lei nº 6.015, que dispõe sobre os registros públicos no Brasil, foi promulgada em 1973, e sofreu várias alterações legislativas posteriores à promulgação da Constituição de 1988. Entretanto, nela prosseguem, inalterados, os seguintes dispositivos:

> Art. 52. São obrigados a fazer declaração de nascimento:
> 1º) o pai;
> 2º) em falta ou impedimento do pai, a mãe, sendo neste caso o prazo para declaração prorrogado por quarenta e cinco (45) dias;
> (...)
> Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato.

Esses textos normativos não foram recepcionados pela Constituição presente, por contrariarem os artigos 5º, *caput* e inciso I, e art. 226, § 5º. A falta de revogação dessas normas, porém, e o pouco debate em torno delas

---

[278] As mulheres são alvo constante de linguagem discriminatória e humilhante, decorrente da idéia de que são seres inferiores e menos dignos de respeito e de apreço. A mulher que aparente ser solteira e/ou jovem ainda é chamada, por muitos, de "senhorita" (na língua portuguesa, *diminutivo* de "senhora"), ao passo que o homem, solteiro ou casado, jovem ou idoso, é sempre tratado como "senhor". Não existe "senhorito". Destarte, a forma de tratamento "senhorita" deve ser abolida, por afrontar o direito de igualdade das mulheres, que não podem receber tratamento diferente e menos digno do que o recebido pelos homens. Se o homem solteiro é sempre senhor, a mulher solteira também deve ser sempre senhora.
A República Francesa aboliu a forma de tratamento "senhorita" (*mademoiselle)* de todos os documentos oficiais. A medida foi anunciada em 21.02.2012 pelo Gabinete do Primeiro-Ministro François Fillon, na Circular nº 5575/SG do Palácio de Matignon. Tal medida atendeu a reivindicações de feministas francesas, sobretudo dos grupos *Osez le Féminisme* e *Chiennes de Garde.*
Disponível em: < http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2012/02/cir_34682.pdf>. Acesso em 8.12.2013.

fez com que se mantivessem no sistema, e, pior, continuam sendo aplicadas pelos cartórios. Somente há pouco tempo, com a noticia da recente aprovação, pelo Senado, do PLC 16/2003, é que o problema passou a ser discutido. Esses dispositivos, além de discriminatórios, colocam a mulher em posição de inferioridade social. Não pode registrar o próprio filho; seu nome é meramente subsidiário, secundário, desimportante. Seu valor intrínseco? Abaixo do homem.

2.2. Lei do Planejamento Familiar

A Lei nº 9.263/96, ao pretender tratar do planejamento familiar, contém dispositivos que dificultam a esterilização cirúrgica voluntária e discriminam as mulheres.

No seu artigo 10, a Lei nº 9.263/96 permite a esterilização voluntária somente nas seguintes situações: em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 (vinte e cinco) anos ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico; risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, atestado por dois médicos. O parágrafo 1º do mesmo artigo 10 exige, ainda, o registro da manifestação de vontade da pessoa em documento escrito e firmado; veda a esterilização cirúrgica em mulher, durante os períodos de parto ou de aborto, salvo se a mulher tenha sofrido sucessivas cesarianas anteriores (§ 2º); veda a retirada do útero ou dos ovários (§ 4º); e, na vigência da sociedade conjugal, *a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges* (§ 5º).

O direito à vida sexual, afastados os riscos da reprodução não planejada, compreende-se no direito à liberdade, que compreende o direito à livre disposição do próprio corpo e à liberdade de exercer a sexualidade, sem discriminação. Sobretudo, a vida sexual situa-se na esfera íntima do indivíduo,

e a supressão voluntária da capacidade reprodutiva é desdobramento inequívoco do direito essencial ao corpo, à liberdade e à intimidade.

A vedação da esterilização cirúrgica em mulher, durante os períodos de parto e aborto, infringe o direito de igualdade dos sexos (artigo 5º, *caput* e inciso I), pois, em situações sofridas somente pela mulher, o legislador arranjou um pretexto para cercear-lhe o fundamental direito à supressão da capacidade reprodutiva. O direito à esterilização há de ser igual, quantitativa e qualitativamente, para ambos os sexos. Assim, impedi-lo à parturiente ou à abortada, é medida discriminatória e desarrazoada. O legislador exige que ela se submeta a uma outra cirurgia, ulteriormente, caso queira esterilizar-se. Sabe-se que toda cirurgia é um trauma físico e envolve riscos. Essa determinação do legislador trata a mulher como se fosse uma coisa, um animal reprodutor, ou um pedaço de trapo, a ser aberto e costurado a torto e a direito.

Há, ainda, um aspecto especialmente aviltante nessa vedação: nos termos do § 2º do artigo 10 da Lei, a mulher é tratada como absolutamente incapaz, pois nos períodos de parto e de aborto sua capacidade é desconsiderada, uma vez que a lei obsta que sua vontade de esterilizar-se deflagre efeitos. Essa desconsideração, ainda que transitória, da plena capacidade da mulher, afronta a igualdade dos sexos, quer como princípio, quer como direito, pois o legislador utiliza situações de vida experimentadas somente pela mulher, para limitar sua liberdade. Além disso, tal norma significa a diminuição do valor intrínseco da mulher, infligindo-lhe a obrigação de suportar maior sofrimento, caso insista em se esterlizar. E trata a mulher como alguém de menor razão e capacidade de escolha consciente.

O parágrafo 5º do artigo 10 da Lei, ao submeter a decisão de esterilizar-se, em se tratando de pessoa casada, à aquiescência de seu cônjuge, é algo que aliena a pessoa da própria personalidade, da própria condição humana. O direito sobre o corpo vivo, corolário do direito à vida, é de tal forma relevante que não se pode pensar o ser humano sem a sua titularidade, hipótese na qual a pessoa perde sua condição humana e passa a ser uma coisa, um bem

semovente. Destarte, os direitos sexuais e reprodutivos são direitos personalíssimos, pois dizem respeito ao próprio corpo vivo. É inaceitável o legislador transferir ao cônjuge de cada um o poder de veto ao procedimento de esterilização.

Há mais. A restrição veiculada no § 5º do artigo 10 da Lei é especialmente gravosa às mulheres, atingindo-as em cheio. São as mulheres quem mais procuram a esterilização cirúrgica[279], por motivo que dispensa maiores explicações: são elas que engravidam. O número de homens que recorre à vasectomia é muito menor, comparado ao das mulheres que se esterilizam.

Destarte, embora a lei não contemple, no seu texto, a possibilidade de o juiz suprir o consentimento do cônjuge, tal atalho é irrecusável, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da Constituição Federal).

---

[279] A base dessa conclusão é a comparação dos dados do Ministério da Saúde, quanto ao número de laqueaduras, de um lado, e de vasectomias, de outro, financiadas pelo SUS.

Laqueaduras financiadas pelo SUS		Vasectomias financiadas pelo SUS	
2003-2008		2001-2009	
2003	31.216	2001	7.798
2004	40.656	2002	2.960
2005	40.865	2003	19.103
2006	50.343	2004	26.466
2007	58.513	2005	25.647
2008	61.847	2006	34.111
		2007	37.245
		2008	35.015
		2009	34.144

Laqueaduras - Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=33794&janela=1. Acesso em: 7.11.2013.
Vasectomias - Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=33887. Acesso em: 7.11.2013.

Destaque-se, ainda, o caráter intervencionista do artigo 11 da Lei, *verbis*: "Toda esterilização cirúrgica será objeto de notificação compulsória à direção do Sistema Único de Saúde."

Mais uma vez, a Lei fere os seguintes direitos fundamentais: à liberdade, à intimidade e à vida privada.

O artigo 15 tipifica como crime, sujeito à pena de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, praticar a esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no artigo 10. E, no seu parágrafo único, prevê a incidência de *causa de aumento de pena,* de um terço, em algumas hipóteses, entre as quais, praticar a esterilização durante os períodos de parto ou aborto, salvo se nova gravidez representar risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, bem como a realização de cesária indicada para o fim exclusivo de esterilização.

Cabe à mulher, juntamente com seu médico, decidir que tipo de parto terá. A tomada dessa decisão pelo Estado aliena a mulher de seu corpo, coisificando-a.

2.3. A proteção insuficiente contra as discriminações e violência de gênero

A Lei nº 7.716/89 tipifica como crimes a discriminação resultante de preconceito de raça, cor, religião ou procedência nacional, mas não contempla a discriminação baseada no preconceito de sexo. Trata-se de inconstitucionalidade por omissão, pois o inc. XLI do art. 5º determina, *verbis,* que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

O preconceito de sexo não é menos grave do que o de etnia, de religião, de procedência nacional, de raça, de cor. Não é menos danoso à cidadania[280]. Para a lei penal atual, destarte, temos uma primeira categoria de grupos tradicionalmente discriminados, tutelados pela Lei n. 7.716/1989. A discriminação contra estes é crime. Há uma segunda categoria, tutelada pela Lei n. 7.437/1995, contra a qual condutas discriminatórias constituem contravenções penais: as mulheres e as pessoas discriminadas em razão de seu estado civil.

Há uma terceira categoria de grupos discriminados, que não tem proteção da lei penal: os deficientes físicos, os pobres, os homossexuais.

Não bastasse a omissão legislativa, assiste-se à banalização do preconceito de sexo, que o apresenta como algo de somenos importância, palatável e até divertido. Direito deve assumir que a discriminação e o preconceito de sexo são tão graves quanto o racismo e o preconceito em razão da procedência nacional ou da religião.

A Lei nº 9.455/97, por sua vez, deixou de prever o fator sexo entre aqueles elencados na definição do crime de tortura. Confira-se o inciso I do art. 1º da Lei:

> Art. 1º Constitui crime de tortura:
> I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:
> a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
> b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
> c) em razão de discriminação racial ou religiosa;
> (...)

Hoje conhece-se e discute-se uma forma de violência praticada contra as mulheres, e que causa especial sofrimento, numa situação de vida que só

---

[280] Vide nosso "Um Caso de Omissão Inconstitucional", *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 51/52, pp. 143-152.

mulheres experimentam e na qual se encontram com reduzida capacidade de auto-defesa: a violência obstétrica.281

A omissão inconstitucional do legislador, em tipificar como crime a discriminação resultante de preconceito de sexo e a tortura motivada por sexismo, além de caracterizarem proteção insuficiente dos direitos fundamentais da mulher, manifestam desvalorização, pelo Estado, da pessoa da mulher e desprezo por seus direitos.

CONCLUSÃO

Persiste, na sociedade, uma representação de mulher, a condição feminina, que viola a noção ora adotada de dignidade da pessoa humana. E, no direito ordinário, persistem regras discriminatórias, como as da Lei dos Registros Públicos mencionadas, e da Lei do Planejamento Familiar, que ora rebaixam, ora coisificam a mulher. Ainda, constatam-se inconstitucionalidades por omissão no enfrentamento da discriminação e violência contra a mulher, manifestando indiferença do Estado na promoção da dignidade da pessoa da mulher, como se fosse menos humana, como se seus problemas fossem menores, seu valor intrínseco, menor.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Belo Horizonte : Fórum, 2012.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

---

[281]Disponível em: http://bebe.abril.com.br/materia/violencia-no-parto Acesso em 28.10.2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. LAQUEADURAS. Disponível em: : http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/visualizar_texto.cfm?idtxt=33887. Acesso em: 7.11.2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. VASECTOMIAS. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=33794&janela=1. Acesso em: 7.11.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Sessão de 12.04.2012. DJe-080 divulgação em 29-04-2013 e publicação em 30-04-2013.
Disponível em:
< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 8.12.2013.

COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. Um Caso de Omissão Inconstitucional”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 51/52, pp. 143-152

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Preconceito. *Policiais, Juízes e Igualdade de Direitos.* Vários autores. São Paulo: Júlio Lerner Editor, 1996/1997

FRANÇA. Palácio de Matignon. Circular nº 5575/SG.
Disponível em:
http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2012/02/cir_34682.pdf . Acesso em 8.12.2013.

GODINEAU, Dominique. Minorités et exclus – Quels droits naturels pour les femmes d’un peuple libre? *Les Droits de l’Homme et la conquête des libertés*. Genoble : Université de Grenoble, 1988

VIOLÊNCIA no parto. Disponível em: http://bebe.abril.com.br/materia/violencia-no-parto Acesso em 28.10.2013

REFLEXÕES SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A (IN)VIOLABILIDADE DA CASA

José Wilson Ferreira Lima [282]

10.11117/9788565604222.09

INTRODUÇÃO

A dignidade de pessoa humana restou positivada pela Constituição Federal de 1988, firmando-se como um dos fundamentos do Estado brasileiro, o que pode significar uma especial valoração que o legislador constituinte quis-lhe conferir. Nessa perspectiva, é possível que todos os fundamentos elencados no art. 1º da Constituição possam diferir, de algum modo, dos demais princípios contemplados na Carta Constitucional. A rigor, segundo a técnica empregada na elaboração da Constituição, todo o Título I foi reservado aos chamados "Princípios Fundamentais", o que pode conduzir a várias interpretações, inclusive a de que entre os princípios há alguns que são "fundamentais" e outros que deles são "decorrentes".

Sabendo-se que a Constituição Federal é um documento político-jurídico essencialmente analítico, diversas possibilidades de se interpretar quanto à natureza da dignidade humana podem ser acadêmica e doutrinariamente válidas e aceitas. Para o propósito deste breve ensaio, o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, tratado como fundamento que orienta a República Federativa do Brasil, será interpretado não como um ponto de partida, mas antes como um ponto de chegada, ou seja, como objetivo final a ser alcançado.

Essa questão, entretanto, será enfrentada conjuntamente com um direito muito peculiar, inerente a todos os seres humanos: sua casa ou moradia, e de

---

[282] Aluno Especial do Curso de Mestrado Acadêmico do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

modo a situar a efetividade da garantia à sua inviolabilidade. O recorte proposto é analítico, sob o viés da dignidade da pessoa enfocada na perspectiva da inviolabilidade da casa onde reside.

A questão que se impõe é a de determinar até que medida a casa é verdadeiramente um bem ou um direito inviolável, na dimensão dada pela Constituição.

1. CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Coforme destacado, a Constituição Federal é por demais analítica e encerra um conjunto de normas que somente podem ser adequadamente interpretadas tomando-se-á como um todo e, por conta disso, o primeiro passo é determinar um conceito razoável sobre a dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, a dignidade, vista em sua acepção comum, pode ser compreendida como atributo da pessoa e tem a ver com: "honestidade, honra, *respeitabilidade*, autoridade" (FERREIRA, 1986, p. 589, grifo nosso), mas, enfocada na perspectiva da técnica jurídica, pode ser compreendida como categoria de direito:

[...] o direito a reconhecimento, *respeito*, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa (SARLET, 2004, p. 70, grifo nosso).

Dessa forma, seja como atributo, seja como direito, a dignidade, concebida como direito fundamental, será sempre um valor intrínseco ao ente humano, o que, entretanto, pode encontrar limitações no contexto do lugar e do momento histórico a serem considerados, na medida em que os Estados e as

sociedades podem ter compreensões várias sobre a dignidade, segundo certas circunstâncias específicas, temporais e espaciais:

[...] o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiossincrasia, da cultura e da história dos povos. Por isso, só tendo em conta esses aspectos torna-se possível uma compreensão objetiva das tarefas, da conformação e da eficácia dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico estatal concreto (KONRAD, 2009, p. 26).

De qualquer maneira, é razoável o ponto de vista segundo o qual a "dignidade humana não serve apenas para ajudar a defender a teoria dos direitos individuais, mas também dá uma perspectiva sobre a dignidade da espécie humana"[283] (KATEB, 2011, p. 5).

Em busca de tratamento digno, o indivíduo, enquanto integrante de um corpo social organizado sob a forma de Estado, pode não apenas exigir tratamento que respeite sua dignidade (direito ou atributo pessoal), especialmente quanto aos direitos mais essenciais à existência humana, como a saúde, a alimentação e a moradia, como pode também exigir a prestação de outros direitos que completem aqueles ditos existenciais, como o direito à educação, ao transporte, ao lazer, à cultura etc., para que possa, então, usufruir e exercer plenamente o direito a uma existência digna. Além disso, é importante frisar que esse tratamento digno aponta para o dever que o Estado tem de não criar limitações ou embaraços ao livre exercício de qualquer das faculdades asseguradas constitucionalmente.

Parece lúdico e utópico, mas o direito à dignidade é, antes de tudo, o direito à satisfação plena de todos os direitos reconhecidos ao homem social, isto é, ao homem compreendido na dimensão de membro de uma sociedade organizada e estabelecida para a realização e a satisfação das necessidades

---

[283] Texto original: "[...] that a idea of human rights not only serves to help defend the theory of individual rights, but also gives a perspective on the dignity of the human species."

humanas essenciais e mais aquelas outras que lhe agreguem segurança, confiança, respeitabilidade etc.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Esse é o ponto de partida: dispor da dignidade da pessoa humana como um princípio.

Princípios são concebidos como "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes" (ALEXY, 2008, p. 90), ou ainda como:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2012, p. 85).

> Disso resulta que, forçosamente, os princípios buscam alcançar uma finalidade, um propósito de realização projetado, previsto, programado, dentro de um espaço de possibilidades reais, nos planos fático e jurídico. Essa noção sobre princípios adéqua-se satisfatoriamente à perspectiva da dignidade da pessoa humana que, igualmente, reclama tanto quanto possível um quadro de possibilidades fáticas e jurídicas para sua efetivação. Assim, considerada como princípio, a dignidade da pessoa humana poderia sujeitar-se, inclusive, à sorte de entrar em colisão com outros princípios, também de envergadura constitucional. Todavia, nesse ponto não se pode perder o foco central da discussão, o de que a Constituição Federal conferiu à dignidade da pessoa humana a dimensão de princípio fundamental.

Nesse contexto, enquanto princípio, a dignidade há de ser valorada segundo a "dimensão do peso", o que significa dizer que havendo conflito entre esta e outro princípio a solução deverá considerar o peso de cada um (MENDES; BRANCO, 2012, p. 82-83) e os limites do caso concretamente examinado. Por outro lado, não faz sentido que um princípio fundamental possa, numa relação de conflito, ceder espaço à aplicação de outro princípio

não qualificado como fundamental. Assim, um princípio fundamental, que é a base do sistema de princípios inseridos no catálogo de direitos fundamentais da Constituição, não deve ceder ou ser sobreposto por outros princípios, mas antes deve servir de orientação e de finalidade na busca da solução que mais respeite à dignidade da pessoa humana, conferindo-lhe efetividade.

Anote-se que não se pretende com isso dizer que há uma hierarquia funcional entre princípios constitucionais, nada disso. O que parece ser razoável é considerar que a Constituição fez convergir para alguns princípios, ditos fundamentais, os demais princípios, quando, diante do caso concreto, houver a necessidade de se solucionar eventual conflito entre estes.

3. SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais está intrinsecamente ligado ao movimento constitucionalista, de sorte que não apenas a positivação de direitos, mas em especial a consagração da inclusão ampla das pessoas menos favorecidas ganhou relevância no cenário internacional, de modo que os mais desassistidos passaram a igualmente serem reconhecidos como titulares de direitos e de garantias. Ampliou-se, portanto, o campo de abrangência subjetiva e objetiva dos estatutos constitucionais elaborados e, na maioria dos casos, foram impostas limitações consideráveis ao modo de atuação dos Estados, de maneira a resguardar e a desenvolver os chamados direitos fundamentais:

> Em um ordenamento dotado de constituição rígida, de fato, para que uma norma seja válida, além de vigente, não basta que seja emanada nas formas predispostas para sua produção, mas é também necessário que os seus conteúdos substanciais respeitem os princípios e dos direitos fundamentais estabelecidos na constituição (FERRAJOLI, 2011, p. 44).

O movimento constitucional desenvolveu-se sobretudo a partir do século XVIII e originou a positivação de um catálogo de direitos em Constituições escritas, formais e rígidas. Os direitos fundamentais, inicialmente concebidos

como direitos de defesa contra o Estado (...) assumiram dimensões positivas, enriqueceram-se, desenvolveram-se e deram lugar a novas 'gerações' de direitos fundamentais (BOTELHO, 2010, p. 21-22).

As novas Cartas ou estatutos de direitos constitucionais adotados pelos Estados consolidaram esse movimento. Desse modo, um estatuto constitucional de direitos e de garantias fundamentais é uma importante referência quando se busca qualificar o Estado que o possui. No caso brasileiro, esse estatuto representou um avanço significativo no contexto da proteção ao indivíduo, especialmente considerado em sua relação para com o Estado. Desse modo, é intuitivo que qualquer ameaça aos direitos mais sensíveis do indivíduo, provocada por ações ou omissões de agentes públicos, com propósitos que não se adéquem às diretrizes constitucionais, notadamente por inviabilizarem o pleno exercício de quaisquer direitos fundamentais, implica, direta ou indiretamente, na violação da própria dignidade pessoal, visto que ao Estado não foi dada a discricionariedade de respeitar ou não os direitos fundamentais. Estes se impõem como normas cogentes e passíveis de sancionamento. Dessa maneira, a violabilidade da casa, fora das estritas possibilidades especialmente previstas no texto constitucional, representa uma afronta direta à dignidade, à privacidade e à intimidade do indivíduo e da família que nela habitam, apenas para citar um exemplo.

Importante frisar que, no âmbito da essencialidade do respeito à inviolabilidade da casa, a dignidade da pessoa humana se insere como um "princípio que confere 'unidade e coerência de sentido' ao sistema constitucional de direitos fundamentais" (BOTELHO, 2010, p. 101-102). Com efeito, a fundamentalidade ou a essencialidade dos direitos constitucionalmente tutelados reclama também que os direitos, perspectivados na dimensão individual ou coletiva, se orientem como meio de satisfação da dignidade pessoal, sem nenhuma restrição, tanto quanto possível. Desse modo, respeitando-se a inviolabilidade da casa busca-se dar coerência e sentido à

dignidade das pessoas que nela habitam e ao próprio sistema de direitos fundamentais disposto na Constituição Federal.

Em profundo exame sobre essa temática, asseverou-se que:

> O valor da dignidade da pessoa humana é perspectivado como a fonte da qual brotam os restantes direitos fundamentais, que obtiveram consagração constitucional precisamente devido à sua indissolúvel conexão com a pessoa humana, como ser único e irrepetível, dotado de dignidade. De fato, a importância ou o relevo a dar aos direitos fundamentais, em termos de garantias de proteção, será tanto maior quanto mais profundo for o seu vínculo com a dignidade da pessoa humana (BOTELHO, 2010, p. 99).

Entretanto, a inviolabilidade da casa, enquanto direito fundamental, é um direito que ainda caminha em busca de efetividade, para deixar de ser apenas um programa constitucional, ou seja, deixar de ser um direito de dimensão formal para tornar-se efetivo e concreto em relação a todos que estejam sujeitos à tutela estatal, independentemente da condição sócio-econômica que ocupem:

> A Constituição é perspectivada como um programa normativo para o futuro, que encarna em si a responsabilidade de tornar operantes os direitos nela salvaguardados, não apenas mediante o acompanhamento cuidado[284] da evolução da realidade constitucional, mas, e sobretudo, pelo compromisso em exigir e implementar técnicas efetivas de tutela dos direitos fundamentais (BOTELHO, 2010, p. 24).

Como visto, são inseparáveis a dignidade humana e a inviolabilidade da casa, certo que a primeira, como princípio, fundamenta uma decisão política impositiva em relação ao Estado e a segunda consubstancia uma norma-garantia em favor do indivíduo.

A par disso, o próximo passo que se impõem é uma reflexão acerca do sentido que se empresta à "casa".

---

[284] O texto original emprega a palavra "cuidado"; talvez a palavra "cuidadoso" fosse mais adequada.

4. OS VÁRIOS SENTIDOS DE "CASA"

Alguns breves esclarecimentos quanto ao alcance do sentido que se atribui à "casa" impõe-se como medida ou dimensionamento do bem jurídico em questão. Verdadeiramente, os sentidos material, normativo e mesmo filosófico de "casa", embora não necessariamente coincidentes, são antes de tudo aplicados de forma complementar, de maneira que como resultado final a compreensão desses sentidos reúnam-se em torno de um apenas, mais amplo e mais completo, portanto.

4.1 Sentido material de "casa"

Casa, residência, lar ou qualquer outro vocábulo cujo sentido correlato traduza ou corresponda ao abrigo do indivíduo e de sua família encerra, em princípio, a noção de propriedade, exatamente por equivaler ao sentido que a modernidade emprestou às coisas que têm serventia e que constituam o patrimônio de alguém. Assim, casa é um bem material que, diante das circunstâncias, está sujeito a todas as possíveis formas de aquisição ou de alienação, tratando-se, enfim, de um enfoque simplesmente patrimonialista: "A casa é o objeto construído, possui valor econômico, é o abrigo, o invólucro protetor, é a parte integrante do sítio onde se integra [...]" (MIGUEL, 2002, p. 5).

Mas nem sempre foi assim. No passado mais remoto, quando a humanidade sequer tinha conhecimento de si mesma, como ente animal diverso dos demais seres que habitavam o planeta, igualmente não se tinha noção sobre "casa". Contudo, naquela etapa da evolução humana, já se tinha instintivamente a noção perfeita de que a "caverna" era um espaço de abrigo e de proteção para toda a família. A caverna era para o homem primitivo o que, *mutatis mutandis*, a casa é para o homem moderno e, guardadas as devidas proporções, mesmo não havendo Estado, Constituição e direitos fundamentais,

a caverna era o asilo absolutamente inviolável do homem primitivo e de toda sua família, a qual era defendida a todo o custo. Nessa ordem de ideias, tenha-se em conta que:

Cabana, *domus*, castelos, *villas*, *palazzos*, são denominações históricas do espaço unifamiliar. São representativas da arquitetura mais elementar, mais próxima e utilizável pelo ser humano, considerada a sua real terceira pele, logo após a epiderme e a roupa que o protege do meio ambiente onde vive. Entretanto, haverá uma palavra que, independente das classes sociais, sintetiza toda noção de habitação privada: a casa (MIGUEL, 2002, p. 4).

Então, o que mudou com o passar do tempo?

A casa ou a caverna encerra o sentido inexorável de abrigo e de proteção, o que se evidenciou válido em todos os tempos e em todas as comunidades humanas. Entretanto, o homem moderno agregou à casa o sentido patrimonial, que não era conhecido pelo homem primitivo, e isso se justifica especialmente porque nas eras mais antigas o instinto de sobrevivência se sobrepunha a quaisquer sentimentos apriorísticos de valor e de riqueza. Com o passar do tempo e a suposta evolução das sociedades, o ponto crucial desse enfoque mudou de eixo, cabendo registrar que o homem moderno convive no ambiente social organizado, regido por leis que emanam do ordenamento jurídico e, portanto, sob o jugo do Estado e, embora sua casa seja um bem constitucionalmente protegido, é paradoxal que o próprio Estado tornou-se o ente que direta e mais incisivamente viola esse direito, na maioria das vezes de forma arbitrária. Certamente, experiência igual o homem primitivo não conheceu, pois embora não houvesse proteção constitucional à sua caverna, igualmente não havia Estado para violá-la.

4.2 Sentido normativo de "casa"

O texto constitucional não se ocupou de definições e tampouco incorporou direitos absolutos. Desse modo, a casa é o asilo inviolável do

indivíduo e de sua família, mas com algumas restrições que a tornam, portanto, em algumas circunstâncias, violável, como nas hipóteses seguintes: a) com o consentimento do morador, b) nos casos de flagrante delito, de desastre ou para prestar socorro, e c) mediante determinação judicial, somente durante o dia (art. 5º, XI) (BRASIL, 2011, p. 5). A par desse preceito fundamental quanto a proteção do Estado devotada à casa e do comando constitucional que orienta no sentido da satisfação e da respeitabilidade à dignidade humana, é possível estabelecer a finalidade do aludido preceito, qual seja o de "assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano." (SANTANA, s.d).

Por esse prisma, a doutrina preceitua que a casa "é todo aquele espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade, seja para fins de residência, seja para fins profissionais [...]" (SARLET, 2013, p. 418). Nos limites desse conceito, a casa pode também ser considerada como qualquer espaço de ocupação exclusiva para residência, sem qualquer vínculo com a denominação ou a qualidade intrínseca que se atribua a esse espaço.

Conforme já assinalado, não há definição legal de casa, não obstante o seu sentido patrimonial no âmbito do Direito Privado, ou mesmo o sentido principiológico revelado no texto constitucional. Mesmo assim, a Lei Civil considera o domicílio da pessoa natural como "o lugar em que ela estabelece residência com ânimo definitivo" (art. 70) (BRASIL, 2012a, p. 26), o que autoriza concluir que, em regra, é a vontade do indivíduo que determina sua residência, em oposição, portanto, aos regramentos legais que dispõem quanto ao domicílio obrigatório, como exceção. Todavia, não apenas a vontade do indivíduo é o que determinará a fixação de sua residência, mas certamente os limites de seu poder aquisitivo.

Em relação de complementariedade, a Lei Penal se ocupou de descrever situações que equivalem à "casa", como qualquer compartimento habitado, ou aposento ocupado de habitação coletiva, ou compartimento não

aberto ao público, onde se exerça profissão ou atividade (art. 150, § 4º) (BRASIL, 2012b, p. 306).

Em adição a essas considerações, o sentido normativo atribuído à casa foi objeto de apreciação em sede de conhecimento jurisprudencial, tendo sido abordado à luz de um caso concreto. Ao examinar o HC 93.050-6/RJ, o Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, firmou o entendimento extensivo quanto ao conceito de casa:

Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, "embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita" (NELSON HUNGRIA) [...] Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito ("invitio domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material (BRASIL, 2008, p. 701).

4.3 Sentido real de "casa"

Noutra perspectiva, compreende-se por casa desde a mais sofisticada mansão ou palácio ao mais singelo barraco, palafita ou tenda e todos, igualmente, estão sujeitos a mesma disciplina constitucional, seja quanto aos direitos assegurados, seja quanto às possibilidades de violação. E, nessa linha de entendimento, afirma-se:

> É casa, portanto, o barraco construído sob um viaduto, cercado por restos de embalagens de papelão ou de madeira, onde mora o ser humano. É casa também a choça de pau-a-pique, coberta de palhas de coqueiro. A barraca de lona. Casa também é a carcaça do automóvel abandonado, aproveitada pelo homem como o lugar onde vive. A ideia de casa está, portanto, ligada à condição de lugar de habitação, é a moradia do homem (TELES, 2004, p. 308).

Com isso, chega-se ao conceito final que encerra o sentido real e mais humanitário de casa, que agrega também o vínculo familiar como um dado referencial indispensável ao conceito. É a noção de "Lar":

> O lar, por sua vez, é a vivência familiar dentro da casa, o aquecimento ou a frialdade, o ruído ou o silêncio, a calma ou a tempestade emotiva, o equilíbrio ou a desarmonia, o clima espiritual que ecoa nos ambientes concretos da casa [...]. O lar é uma condição complexa que integra memórias, imagens, passado e presente, sendo um complexo de ritos pessoais e rotinas quotidianas que constitui o reflexo de seus habitantes, aí incluindo seus sonhos, esperanças e dramas (MIGUEL, 2002, p. 5).

Até este ponto foram determinadas as balizas que limitam o objeto de estudo neste ensaio. De um lado, tem-se a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental que orienta toda a ação do Estado e da sociedade na relação que mantêm com o indivíduo; de outro lado, tem-se a inviolabilidade da casa primeiramente como um direito assegurado irrestritamente a todos (teoricamente) e também como uma garantia, na medida em que não apenas por sua conformação como direito fundamental, mas também por expressar previsão de sancionamento quanto aqueles que violarem o recesso da casa alheia, com afronta às normas do direito constitucional e penal positivados.

Com efeito, diante de tais considerações, é de se concluir que o sentido de "casa" no contexto do ordenamento jurídico vigente e, em especial, da interpretação quanto ao sentido finalístico atribuído pelo Supremo Tribunal Federal, alcança, inclusive, os tipos de residências mais simplórias e humildes como os barracos, as palafitas, as cabanas, as tendas etc., na medida em que tais abrigos resguardam também a intimidade e a privacidade das pessoas que

delas façam uso com o propósito de moradia, mesmo nos casos em que estas se situem em algum espaço público ou privado, mediante invasão ou outra forma de posse precária.

Atente-se que as invasões são exemplos da falta de atuação do Poder Público no sentido de impedir a ocupação de espaços livres ou de providenciar o desfazimento das ocupações não autorizadas. Entretanto, a precariedade da ocupação, decorrente da omissão dos órgãos de controle e de fiscalização, não transmuda a essência do espaço ocupado internamente, onde, enfim, alguém e sua família fixaram moradia. Nesse contexto, a Carta Constitucional atribuiu especial proteção à casa, independentemente da natureza específica de sua ocupação (regular ou irregular, lícita ou ilícita), não com a finalidade de estimular o avanço das ocupações de espaços públicos e privados à revelia das normas do ordenamento jurídico, mas antes com o propósito de proteger a intangibilidade da imagem, da intimidade, da privacidade e, em especial, da dignidade das pessoas, genericamente. Cumpre ao Poder Público, em qualquer caso, havendo necessidade, buscar, pela via judiciária, os mecanismos constitucionais e legais existentes para ter acesso ao recesso da casa e realizar as diligências necessárias aos esclarecimentos de fatos criminosos, em se tratando de investigações policiais, sem prejuízo de igualmente obter a necessária autorização para a remoção e a demolição de ocupações em espaços públicos, que tenham se consolidado de forma ilegal ou irregular.

No passo seguinte, resta aferir as condições reais da existência humana, no âmbito da República Federativa do Brasil, em relação às formas useiras com as quais o Estado tem avançado no território privado, ingressando nas "casas" de forma arbitrária, mesmo diante de um quadro constitucional de proteção aos direitos fundamentais.

5 (IN)VIOLABILIDADE E (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL

Parece não haver margem para discussão quanto à escolha do legislador constituinte, no sentido de conferir proteção à casa de forma mais qualificada, razão pela qual a essa opção seguiu-se um conjunto de vetores que indicam os possíveis meios legais de se mantê-la protegida quanto à investida desautorizada de forças públicas ou particulares. Entretanto, a efetividade dessa proteção é por demais reduzida quando não nula, na medida em que a pretensa inviolabilidade tem sido sistemática e significativamente desprezada, quando considerada a casa não como bem juridicamente tutelado, mas como bem real, concretamente enfocado na perspectiva da força pública e/ou privada que realiza incursões, no desempenho, quase sempre, de alguma atividade investigativa (forças policiais civis ou militares) ou simplesmente da atuação da mídia sensacionalista (a televisão, na maioria dos casos).

Com isso, potencializa-se ao máximo a inviolabilidade da casa, em razão de alguma investida policial, na medida em que, por sua apresentação e localização, revele ser propriedade de pessoas com elevado *status* e prestígio social; ao contrário, se a casa estiver situada em ambientes sócio-econômicos mais carentes e seus moradores não forem detentores de *status* e de prestígio social, relativiza-se enormemente a sua inviolabilidade. Nesse ponto, tem-se presente um componente sócio-criminológico latente e quase invariável, em virtude do qual os órgãos de defesa social ou da ordem pública desconhecem qualquer possível limitação quanto ao poder de polícia, a justificar, portanto, o livre ingresso da força pública na "casa", sem o cumprimento dos comandos constitucionais. Em tais situações, as desigualdades, mais especificamente as relativas com o *status* social, operam o efeito de verdadeiro mecanismo a fomentar o controle social: "[...] o sistema promove uma seleção desigual de pessoas de acordo, sobretudo, com uma imagem estereotipada da

criminalidade e do criminoso em que a variável *status* social dos acusados tem um peso decisivo." (ANDRADE, 2003, p. 129).

A propósito disso, merece destaque, a título de exemplo, a performance desenvolvida em duas produções cinematográficas nacionais que, com extrema fidelidade, reproduzem e ilustram o que está sendo abordado no presente ensaio. Em "Tropa de Elite" (TROPA, 2007) e "Meu Nome não é Johnny" (MEU NOME, 2007) a temática desenvolvida expõe ações policiais consistentes no ingresso na casa alheia, sem a existência de prévia autorização judicial[285] (mandado) e, ainda, o desprezo que a força policial demonstra em relação à necessidade de haver ordem judicial para tal finalidade, chegando-se ao ponto de se comparar, ironicamente, o "mandado judicial" à pistola que o personagem policial utiliza, da marca Smith & Wesson[286]: nesse exemplo, a pistola é o próprio mandado e Smith Wesson o nome do juiz que o expediu.

Trata-se de uma equação circunstancial, em que tanto maior será a inviolabilidade da casa e, portanto, da dignidade de seus moradores, quanto maior, mais cara e melhor for a localização desta. Nessa hipótese, tem plena eficácia e efetividade o comando constitucional que demanda restrições à inviolabilidade da casa, fazendo-se cumprir o preceito fundamental do respeito incondicional à dignidade dos respectivos moradores. Por outro lado, tanto maior será a violabilidade da casa quanto mais acentuado for o grau de pobreza que sua apresentação física e localização demonstrarem. Desse modo, em relação aos barracos, às palafitas, às tendas etc., não há se falar em restrição alguma à sua inviolabilidade e, por conseguinte, seus moradores não serão igualmente considerados dignos para receberem qualquer tratamento no nível das disposições de envergadura constitucional.

Na hipótese discutida, a opção pela violação da casa não passa pelo crivo e pelo prévio controle judiciário, mas antes resulta de simples decisão da

---

[285] Confira-se no intervalo: 1:45:34 a 1:46:15.
[286] Confira-se no intervalo: 0:41:50 a 0:43:27.

força pública envolvida na "missão de defesa social", sendo este o argumento mais empregado para sugerir a "legalidade" da ação policial. O discurso de defesa social tem servido, grosseira e insistentemente, como suporte fático e jurídico para dar ares de legalidade às ações de invasão do espaço privado, quase sempre seguidas da atividade especulativa do segmento televisivo, que transforma essas ações policiais e o constrangimento das famílias residentes numa espécie de *reality show*, o que tem muito bem servido ao propósito da audiência e da suposta defesa social, mas sem nenhuma garantia à inviolabilidade da casa e ao respeito à dignidade dos respectivos moradores.

Não se discute quanto à importância da defesa social e da ordem pública, na visão de que o "controle social é condição básica da vida social" (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 22), mas o Estado, por suas diversas agências de atuação no setor da segurança não pode olvidar quanto à existência de um ordenamento jurídico, que dispõe de regras claras e determinantes quanto à sua atuação. Não pode o Estado agir de forma seletiva, respeitando e fazendo cumprir as disposições constitucionais atinentes com a inviolabilidade da casa quanto a alguns "cidadãos"[287] e, simultaneamente, ignorar tais disposições e livremente violar o recesso familiar em relação a outros tantos "cidadãos"[288], uma vez que a dignidade humana não está condicionada aos padrões individuais de riqueza ou pobreza, ao *status* social ou a qualquer outro parâmetro valorativo.

A proteção à inviolabilidade de casa é um caminho para a inclusão social no espectro da cidadania e também uma forma de respeito à dignidade humana, de sorte que nesse contexto a "arquitetura do sistema jurídico deve estar concatenada segundo o propósito de ser inclusiva" (BRANCO, 2009, p. 119). No entanto, o que se observa é que a exclusão social é também um fator determinante para a exclusão jurídica das classes menos favorecidas, por atos conscientes dos entes que agem em nome do Estado, a exemplo do que:

---

[287] Cidadãos de Primeira Classe.
[288] Cidadãos de Segunda Classe.

O desrespeito ao *due process of law* constitucionalmente festejado é a rotina da prática dos órgãos estatais (especialmente da polícia) com relação às camadas populares excluídas, que constituem uma grande parte da população (NEVES, 2007, p. 161).

> Diante dessas considerações e a par da constatação quanto à realidade concretamente vivenciada quanto às práticas policiais investigativas, bem como em muitos casos quanto à atuação da mídia televisiva envolvida com noticiosos especulativos, o programa constitucional estabelecido na Constituição Federal de 1988 ainda não alcançou êxito no que tange ao pleno exercício do direito fundamental à proteção da casa, como asilo inviolável do indivíduo e de sua família, restando prejudicado o comando constitucional quanto à dignidade da pessoa humana.

É dever do Estado se pautar, primeiramente, pelo cumprimento de todos os mandamentos constitucionais e legais nos casos em que a inviolabilidade da casa alheia se mostrar absolutamente necessária, de modo a subsidiar investigações e a produção de provas para uma regular instrução processual. Em segundo lugar, é impositivo que o Estado cumpra a regra básica e de elevada importância, que consiste em limitar ao máximo a humilhação aos moradores e vizinhos das casas em que se tenha que realizar diligências investigativas. Essa medida, se devidamente observada, redundaria numa forma de se levar a termo as responsabilidades do Estado, enquanto agente da persecução criminal, ao tempo em que garantiria, em maior grau, o respeito à parcela da dignidade humana não atingida pela efetivação da medida drástica de violação da casa alheia. Em certo grau, haveria, por um lado, o equacionamento entre o interesse geral na apuração de ilícitos e na punição dos responsáveis e, por outro lado, preservar-se-ia, mais intensamente, a dignidade das pessoas afetadas com o ingresso do Estado em suas casas.

A propósito disso, é sempre muito oportuno relembrar que: "Uma sociedade civilizada é aquela cujos membros não humilham os outros, enquanto uma sociedade decente é aquela em que as instituições não

humilham as pessoas"[289] (MARGALIT, 1996, p. 1). Disso resulta que a forma mais ou menos digna como as pessoas são tratadas vincula-se também ao grau de civilidade e de decência da sociedade e, por conseguinte, do próprio Estado. Não obstante, como é de amplo conhecimento, no campo específico da atuação do Estado na defesa da ordem pública ainda persiste forte a interferência na privacidade e na intimidade individuais, que resumidamente acontece em larga escala nas seguintes situações:

a) a casa, como asilo do indivíduo e de sua família, somente tem merecido respeito quanto à sua inviolabilidade quando se tratar de um bem cuja localização e apresentação física demonstrarem que os seus moradores são detentores de elevado prestígio e *status* social e/ou político, caso em que a força policial adota como critério de atuação a representação ao Poder Judiciário para a expedição de ordem de prisão e/ou de busca e apreensão. Nessa hipótese, quando levada a termo as diligências investigativas, são observados, ainda que parcialmente, os preceitos constitucionais e legais, especialmente tendo-se em conta a necessidade de se preservar a validade da ação penal, que eventualmente venha a ser ajuizada.

b) ao contrário, se a casa, por suas características e localização, demonstrar a precariedade sócio-econômica de seus moradores, como pessoas desprovidas de qualquer prestígio social, a força policial e, em muitos casos, a mídia televisiva, a pretexto de realizarem alguma diligência investigativa, ignoram todos os preceitos constitucionais e legais, adentram ao recinto da família, executam prisões, realizam buscas e apreensões, arrombam portas e janelas, quebram mobílias, humilham e ofendem os moradores e os vizinhos destes, sem prejuízo da filmagem produzida, que logo após será exibida nos canais de Televisão. Nestes casos, tudo acontece sem a existência de (prévia) autorização judicial, seja para a realização das prisões, seja para a realização das buscas e apreensões de bens e ainda sem a lavratura do necessário auto

---

[289] Texto original: "A civilized society is one whose members do not humiliate one another, while a decent society is one in which the institutions do not humiliate people."

de apreensão. Também nestes casos, se alguma coisa sair do controle da força policial envolvida, é comum a produção forçada de uma situação de flagrante delito, como a apreensão de substâncias entorpecentes ou de armas de fogo, cuja localização "invariavelmente" é feita por um dos servidores policiais envolvidos na diligência, mas sem a confirmação de nenhuma testemunha presencial e isenta.

Na hipótese tratada no tópico "b", se qualquer um dos presentes durante a ação policial ousar exigir o respeito aos seus direitos e a apresentação de mandado judicial pelos policiais, poderá vir a ser preso e autuado em flagrante delito por desacato e resistência, na melhor das hipóteses. Nesse ponto, merece especial destaque o comportamento vingativo de agentes do Estado que, embora atuem de forma absolutamente afrontosa aos direitos e às garantias individuais, não permitem que o indivíduo que teve sua casa arbitrariamente violada busque seus direitos junto aos órgãos de correição das polícias, ao Ministério Público ou mesmo ao Poder Judiciário, sendo frequentes os casos como o do exemplo seguinte:

> Policiais muitas vezes atacam e ameaçam testemunhas para desencorajá-las de relatarem o que viram. Em abril de 2009, por exemplo, A.L. registrou uma queixa contra um policial militar em São Paulo, declarando que o policial tinha efetuado uma busca ilegal em sua casa, o espancado e ameaçado várias vezes, situação que se repetiu ao longo de várias semanas. Segundo o depoimento de A.L., esse abuso teria se intensificado após o registro da denúncia. Dois meses depois, dois homens encapuzados executaram A.L. na rua nas proximidades de seu trabalho, disparando contra ele cerca de 32 tiros, segundo o boletim de ocorrência policial e o laudo necroscópico (HUMAN RIGHTS WATHC, 2009, p. 5).

CONCLUSÃO

Em linha de conclusão, pode-se afirmar que a dignidade das pessoas, quando passa pela respeitabilidade ao direito fundamental de proteção à casa que habitam, somente é alcançada em situações muitos singulares, se tais pessoas desfrutarem de prestígio social, político e/ou econômico, caso em que

os regramentos constitucionais e legais são observados e cumpridos, quase sempre de forma a preservar a validade de eventual ação penal a ser oportunamente ajuizada. Nesses casos, os fatores que possibilitam a inclusão social do indivíduo e de sua família também o favorecem quanto à respeitabilidade de sua dignidade, de modo que os limites da inviolabilidade de sua casa serão respeitados pelo Estado. A dignidade da pessoa humana em casos tais está diretamente associada ao *status* e ao prestígio social das pessoas investigadas.

Ao contrário, quanto mais humildes e excluídas socialmente forem as pessoas, mais intensamente serão as violações perpetradas pelo Estado e também pela mídia, notadamente quanto ao ingresso desautorizado e ilegal nas casas em que habitam, hipóteses em que, igualmente, nenhum valor e sentido terá o preceito constitucional que busca o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana.

Finalmente, impõe-se reconhecer que na República Federativa do Brasil não há tanto se falar na carência de direitos e de garantias positivados, mas antes e acima de tudo o que há, precisamente, é uma profunda carência de reconhecimento quanto ao sentido mais social e humanitário das normas que integram o ordenamento jurídico visando a proteção dos mais singelos direitos atribuídos aos indivíduos, em especial àqueles pertencentes às classes mais carentes, considerados excluídos e cujos direitos, por mais fundamentais que sejam, são simplesmente ignorados, como se não existissem ou nenhum valor tivessem.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BOTELHO, Catarina dos Santos. **A tutela directa dos direitos fundamentais**: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional. Coimbra: Almedina, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código civil e constituição federal**. 63. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

__________. Código penal, código de processo penal, constituição federal, legislação penal e processual penal. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012b.

__________. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

__________. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 93.050-6 Rio de Janeiro, pub: 01 ago 2008, p. 700-740. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135>. Acesso em: 27 nov. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

HUMAN RIGHTS WATCH. Força Letal: violência policial e segurança pública no Rio de Janeiro e em São Paulo. New York, USA, 2009. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/especiais/2009/12/brazil1209ptwebwcover.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2013.

KATEB, George. **Human dignity**. Massachusettes: Harvard University Press, 2011.

KONRAD, Hesse. Significado dos direitos fundamentais. Trad. de Carlos dos Santos Almeida. *In*: KONRAD, Hesse. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23-72.

MARGALIT, Avishai. **The decent society**. Massachusettes: Harvard University Press, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEU NOME não é Johnny. Direção: Mauro Lima. Produção: Mariza Leão. Intérpretes: Selton Mello, Cléo Pires, Júlia Lemmertz, Cássia Kiss e outros. Roteiro: Mauro Lima e Mariza Leão. Trilha Sonora: Fabio Mondego e outros. Sony Pictures, 2007, DVD (126 min).

MIGUEL, Jorge Marão Carnielo. **Casa e lar**: a essência da arquitetura. Revista Vitruvius, ano 03, out. 2002. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/03.029/746>. Acesso em: 29 out. 2013.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Trad. de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SANTANA, Raquel Santos de. **A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>. Acesso em: 29 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang *et alii*. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

___________. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte especial. v. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

TROPA de Elite: missão dada é missão cumprida. Direção: José Padilha. Produção: Marcos Prado e José Padilha. Intérpretes: Wagner Moura, André Ramiro, Caio Junqueira e outros. Roteiro: José Padilha, Rodrigo Pimentel e Dráulio Mantovani. Trilha Sonora: Pedro Bromfmah. Universal, 2007. DVD (116 min).

AS FONTES DO DIREITO À LUZ DOS PRINCÍPIOS E DUAS CONCEPÇÕES À RESPEITO DA DIGNIDADE HUMANA

Marcus Frazão[λ]

10.11117/9788565604222.10

Introdução

A expressão fontes dos direito pode ter várias interpretações e vários significados a depender de como e onde for usada utilizada.

Numa aplicação particular e mais rotineira, no universo jurídico, diz-se que as fontes são a gênese, a arque[290], a letra α do Direito e que estas o geram. Nas fontes é onde ele surge e se manifesta, é o lugar em que a Ciência do Direito se abastece.

Tendo por certo que o Direito provém de algum lugar e esse lugar só pode ser as fontes, qual o Direito que delas flui: o de roupagem legal e formalista (positivo) ou de caráter moral e substancialista (natural)?

A resposta a essa pergunta começa a se tornar insuperável a partir da crescente codificação do direito, principalmente pelos europeus, em meados do século XIX, quando o direito legislado passou a ter enorme valor.

Tendo por base que uma regra nada mais é que uma manifestação de poder e vontade que auxilia na manutenção ou projeção de uma sociedade, o presente trabalho adentrará nas causas de sua formação (fontes), e não nos seus propósitos.

Argumentar-se-á que as fontes do direito possuem causa única; o que por si só gera uma contradição, pois, como podem as fontes, em si consideradas a gênese do Direito, ter uma causa geradora? Como ficará claro

---

[λ] Físico formado pela Universidade de Brasília – UnB, 2008; e graduando do 3º semestre do curso de Direito na Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDB/IDP.

[290] MARCONDES, Danilo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010, p.25 e 26.

adiante, a proposta central deste artigo será demonstrar que existe uma única causa (fonte) para o direito: os princípios; e que todas as outras ditas fontes são apenas manifestações da primeira, quer dizer, causas secundárias que, partindo dos princípios, auxiliam na geração do Direito.

Em síntese, pretende-se discutir neste texto uma outra concepção para as fontes do direito, e que não seja essa confundida com aquela de que trata as fontes, única e exclusivamente, como sendo as de caráter formal e vinculativo (leis *lato sensu*) e as de caráter material, portanto, acessórias e não vinculativas, como os princípios, costumes, doutrina e jurisprudência.

Portanto, buscar-se-á demonstrar que, em grande medida, há um nexo causal, uma relação necessária de causa-efeito entre leis e costumes, leis e princípios e, finalmente, costumes e princípios.

Entretanto, ganham relevância e tornam-se indispensáveis a este escrito uma análise das teorias que tratam dos princípios, em especial as de Robert Alexy e Ronald Dworkin (Teoria da Ponderação), e de debates entre diversos autores acerca da Filosofia do Direito, sobre diferenciação e formação das Normas de Direito (Regras e Princípios) no desenvolvimento de um Sistema Jurídico.

Finalmente, discutir-se-á o aspecto abstrato e abrangente que está por detrás do princípio da dignidade da pessoa humana[291] e os desafios cognitivos que a expressão em si mesma encontra.

---

[291] Adiante será argumentado o equívoco em se dizer princípio da dignidade da pessoa humana em vez de princípio da dignidade humana.

2 As fontes do Direito segundo uma visão clássica[292] positivista.

Com frequência encontram-se autores que asseveram ser o Direito gerado por fontes e que essas consistem em leis (lato sensu), princípios, costumes, doutrina e jurisprudência. Dividindo-se, num primeiro plano, em fontes formais (lei) e materiais (princípios, costumes, doutrina e jurisprudência).

As primeiras são ditas vinculativas, pois amarram, por exemplo, todos os atos praticados a um procedimento e, ao mesmo tempo, seguem um rito pré-determinado e específico que deve ser na íntegra observado. Já as segundas, são conhecidas por seu caráter acessório as primeiras e, portanto, não vinculam nem se sobrepõem às principais, mas apenas as auxiliam a revelar o seu verdadeiro significado.

Contudo, em especial para a doutrina positivista do direito, observa-se o caráter superior que os atos normativos legislados possuem frente às demais fontes acessórias. Verifica-se a parte formal sobrepujando a material e que todos os atos praticados só passam a ter validade se forem expressos por lei. O formalismo jurídico[293], a atenção demasiada às formas e o preciosismo a sua roupagem, passam a ter mais valor que o seu próprio conteúdo.

Norberto Bobbio, O Positivismo Jurídico – *Lições de Filosofia do Direito,* afirma:

> (...) são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 161)

---

[292] Algumas visões modernas do positivismo já admitem que questões não puramente jurídicas (como as de cunho moral) contribuem para a formação do direito, e que ele não é formado exclusivamente por fontes formais, em especial as leis. Cf. Joseph Raz. 1ª ed. WMF Martins Fontes, 2012.

[293] Teoria positivista do direito na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente a sua estrutura formal, ou seja, seu aspecto exterior, prescindindo do seu conteúdo. Segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor.

Apesar de definir o que são e como são formadas as fontes do direito, o autor equivoca-se em sua argumentação ao inverter a ordem de acontecimento de dois conceitos: ordenamento jurídico e fontes. Seria mais lógico pensar que são as fontes que geram algo, um sistema jurídico, por exemplo, e não o contrário. Percebe-se a definição formalista (legalista) do autor quando afirma ser através de um ordenamento jurídico que as fontes são geradas ou estabelecidas, esquecendo-se que algo gerou esse mesmo ordenamento.

O autor atribui ao ordenamento jurídico a missão de ser o responsável pela causa das causas:

> (...) os ordenamentos jurídicos que atingiram certa complexidade e certa maturidade, como os modernos, estabelecem eles mesmos quais são as fontes do direito, o que significa que estabelecem os critérios de validade das próprias normas. De fato, esses ordenamentos não contêm apenas normas que regulam o comportamento dos membros da sociedade, mas também normas que regulam a produção jurídica, isto é, normas que regulam o modo pelo qual deve ser normado o comportamento dos súditos (temos então uma regulamentação da regulamentação – poder-se-ia dizer: uma regulamentação ao quadrado). (Bobbio, Ícone, 1995, p. 162)

Segundo sua visão (positivista), a lei, denominada fonte formal, deve ser a fonte primordial do Direito e que sua codificação é consequência natural dos movimentos históricos que buscavam neste processo a manifestação e a garantia de certos direitos:

> (...) podemos agora precisar que esta corrente doutrinária entende o termo “direito positivo” de maneira bem especifica, como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como “lei”. Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva — ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente — do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 119)

O autor assevera que a codificação das leis, fortemente influenciada durante a formação do Estado moderno, é marcada pela racionalização. Para

ele, dar prevalência à lei como fonte primordial do direito exprime dois pontos principais: num primeiro momento, a lei seria uma espécie de norma geral e abstrata posta pelo poder soberano da sociedade de forma pensada e planejada (racional) e que alcançaria indistintamente toda sociedade, portanto, não sendo mais comandos individuais capazes de cometer abusos, caprichos e arbítrios; num segundo momento, Bobbio defende a ideia de que o propósito da lei é a modificação da sociedade e não sua manutenção[294]. Segundo ele, assim como o homem é capaz de controlar a natureza através do conhecimento de suas leis[295], ele seria capaz de modificar estruturas sociais através de leis que seguissem uma finalidade racional.

Para Bobbio, somente a lei é capaz de modificar uma sociedade. Seria ela capaz de definir caminhos e de dinamizá-la. No viés contrário, os costumes, largamente utilizado nos países que adotam um direito costumeiro, não são capazes de direcionar os caminhos a serem percorridos por uma sociedade, mas tão somente de mantê-los:

---

[294] Se a codificação do direito (lei formal e escrita) foi a forma encontrada para evitar que abusos e caprichos fossem cometidos, hoje, nota-se o contrário. A lei, instrumento capaz de modificar uma sociedade, é utilizada como ferramenta que gera arbitrariedades de acordo com interesses políticos. Tem-se, então, uma primeira falha na legitimação, através de lei, da representação política.

[295] Kelsen em sua obra *Teoria Pura do Direito* fez a distinção entre leis naturais e leis jurídicas. Para o autor, o estudo da ciência natural não pode ser confundido com o estudo da ciência jurídica, pois, enquanto na primeira observa-se o fenômeno da causalidade e, como consequência tem-se que “todo A é B”; na segunda observa-se o fenômeno da imputabilidade, onde se tem que “A nem sempre é B”. Entretanto, em *Teoria Geral do Estado,* o autor se aventurando no campo das ciências naturais, ao fazer a distinção entre leis naturais e leis jurídicas, se confunde e equivoca-se ao afirmar que as leis da natureza é que devem adaptar-se aos fatos, esquecendo-se que as leis, ora criadas pelos homens, são modelos ideais, aproximações do mundo real e não correspondem a representação completa de qualquer fenômeno que seja. Assim, as leis a que Kelsen remete só podem ser as de criação humana e não as da própria natureza em si, que já existem e são independentes de qualquer formulação do homem. Por exemplo, a lei da gravidade existe porque existe. É uma lei da natureza (não do homem) e a sua existência ou condição de manifestação é invariável a qualquer postulação humana. A lei da gravidade não passou a existir ou a ser controlada a partir das formulações de Newton, por exemplo. Porém, como dito, as leis humanas apenas prevêem um certo comportamento esperado, e a frustração desse comportamento não quer dizer que a lei da natureza está incorreta, apenas que a lei humana que tentou prever o seu comportamento está errada ou incompleta. Em síntese, Kelsen afirmou, erradamente, que são as leis da natureza que devem se adequar as do homem, e não o contrário. O homem só consegue enxergar aquilo que a natureza o permite.

> O direito consuetudinário não pode, de fato, servir a tal finalidade, porque é inconsciente, irrefletido, é um direito que exprime e representa a estrutura atual da sociedade e, consequentemente, não pode incidir sobre esta para modificá-la; a lei, em lugar disto, cria um direito que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assuma. O costume é uma fonte passiva, a lei é uma fonte ativa de direito. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 120)

Para o positivismo jurídico, na existência de várias fontes do direito não é possível que várias delas ocupem um mesmo plano (paridade das fontes), mas que haja uma hierarquia entre elas[296] e, nesse caso, deve prevalecer a lei[297]:

> A doutrina juspositivista das fontes é baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito (a lei) sobre todas as outras. Para que tal situação seja possível são necessárias duas condições: que num dado ordenamento jurídico existam várias fontes e que essas fontes não estejam no mesmo plano. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 162)

Numa linha oposta, Dimitri Dimoulis sustenta que, ao contrário das fontes formais e, portanto, em dissonância com a tese positivista do Direito, as fontes materiais são as responsáveis pela criação do Direito[298]. São elas que dão origem aos dispositivos (normas) válidos e sentido à existência de determinadas normas jurídicas ou até mesmo do próprio Direito. A ideia de fonte material liga-se às razões últimas, motivos lógicos ou morais, que guiaram o legislador na preparação e promulgação dos atos formais (leis), e que a busca dessas razões aproxima-se mais de causas filosóficas do que jurídicas.

---

[296] Bobbio define as fontes superiores (leis) como sendo *fontes de qualificação jurídica*, e as demais fontes, subordinadas, tais como os costumes, de *fontes de conhecimento jurídico*. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 166).

[297] Será visto adiante que a primazia que o positivismo jurídico dá à Lei vai de encontro com teorias que utilizam os Princípios como base de todos os ordenamentos. Para Alexy, os princípios são a base de qualquer sistema jurídico e que, ao invés da lei, os princípios é que devem ocupar lugar central em todos os sistemas, desde os minimamente estruturados até os mais complexos. Porém, há autores que buscam conciliar essas duas teorias antagônicas através do sincretismo metodológico (método utilizado para unir duas ou mais teorias conflitantes).

[298] DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito, 4ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

Entretanto, Dimoulis alerta que o aspecto formal não é primordial, mas essencial, e que sem ele nenhum elemento material seria reconhecido como válido[299]. Nesse caso, cabe a formulação de Jean-Paul Sartre: "*L'existence précède l'essence*"[300].

3.1 – A diferenciação entre costumes e hábitos.

Em várias ocasiões e sob diferentes circunstâncias são utilizados os vocábulos costume e hábito como sinônimos. E, de fato, o são. Em situações cotidianas quando dizem que têm o costume de acordar às seis horas da manhã; ou que têm o hábito de dirigir sem o cinto de segurança; ou até mesmo que costumam sair do serviço pelo menos 30 minutos mais cedo para evitar o congestionamento, etc., as pessoas estão, na verdade, dizendo que praticam certas atitudes comuns e rotineiras, sem se importarem com a aprovação ou não de outras pessoas. Frequentemente, não existe a preocupação e a necessidade de se distinguir o correto significado entre essas duas palavras. Elas podem ser usadas livremente sem nenhum receio ou sem qualquer desvio de interpreção, pois estão inseridas perfeitamente no mesmo contexto social.
Mas, no universo jurídico, essa mesma analogia não pode ser feita, ou melhor, deve ser evitada. Costume e hábito não se confundem, pelo contrário, expressam noções distintas daquilo que assemelha ser equivalente.

Entende-se por hábito tudo aquilo que se pratica rotineiramente, dia a dia, aceito ou não pela sociedade. O Novo Dicionário Aurélio define habito como: "[Do lat. *habitu.*] *S.m*. Disposição duradoura, adquirida pela repetição freqüente de um ato, uso, costume. Maneira usual de ser".

Já os costumes se diferenciam dos hábitos na medida em que devem ser socialmente e moralmente aceitos. Poder-se-ia dizer que costume é um

---

[299] Dimoulis aponta para uma validade jurídica e não moral. A validade nesse caso é condicionada à lei. Ressalta-se que o conceito de validade é bastante controvertido no mundo jurídico.
[300] A existência precede a essência.

hábito aperfeiçoado, simbólico, quer dizer, pelo fato de ser praticado reiteradas vezes (elemento objetivo) e por ser moralmente aceito (elemento subjetivo) acaba por alcançar, evoluir, a categoria dos costumes. Estes, diferentemente dos hábitos, exigem a convicção de obrigatoriedade por quem os praticam (*opinio necessitatis sive obligationis*)[301].

Uma manifestação clássica de costume é a fila. Não há regra jurídica alguma que faça ou obrigue as pessoas a formarem fila. A única regra existente é aquela de caráter moral, que, se desrespeitada, sujeita quem a descumprir a uma sanção moral[302] por sua conduta.

Caso houvesse alguma regra jurídica que obrigasse as pessoas a seguirem a fila, qual teria sido a origem, a fonte, dessa regra: a lei ou o costume? Fica evidente que a origem dessa regra não poderia ser outra que não o costume. Isso porque a lei, dita fonte primordial e vinculativa, teve a função secundária e acessória de apenas formalizar um costume que há muito já era seguido. Não se discute aqui se a lei deixou de ser vinculativa ou não, apenas conclui-se que ela não foi, de fato, a causa geradora dessa regra. Criar uma lei nessas circunstâncias seria um desperdício[303].

---

[301] Cf. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, 1ª ed., Bauru – SP: EDIPRO, 2000, p. 120.

[302] Este artigo não adentrará no mérito que o positivismo jurídico traz a respeito de sanção e coerção.

[303] Bobbio, neste ponto, parece estar correto ao afirmar que o objetivo de uma lei é a transformação da sociedade, e não sua manutenção. Mas, exceto nesses casos de transformação, perde-se muito em elaborar leis que expressam justamente aquilo que já é seguido por uma sociedade. É formalizar aquilo que já está materialmente afirmado. É *reinventar a roda*, *chover no molhado*, *falar mais do mesmo*, etc. Fica a dúvida: Será que as pessoas cumprem a lei por hábito ou por costume? Percebe-se que mesmo que a lei imponha uma sanção caso não seja obedecida, as pessoas têm o costume de cumpri-las. Existe uma convicção moral de que as leis devem ser cumpridas, e quem impõe essa convicção certamente não é a lei. Será visto adiante que existe uma causa (princípio) por detrás desse dever de cumprimento às leis.

3.2 – O costume como fonte do direito.

Feita a distinção entre hábito e costume, passa-se a analisar o costume como fonte[304] do direito.

O costume é seguido e observado. Está arraigado no bojo da sociedade; é fato social. Não é mais discutido; foi imposto e acatado de maneira tácita. A sua inobservância gera um tipo de sanção: a moral.

John Austin, um dos precursores do positivismo jurídico, defende a validade dos costumes mesmo antes de sua positivação pela lei. A sua transformação em lei apenas faz com que a sanção do Estado opere sobre aqueles que desrespeitam os costumes, em consequência, também as leis:

> Na sua origem, o costume é uma regra de conduta observada espontaneamente e não em execução a uma lei posta por um político superior. O costume é transformado em direito positivo quando é adotado como tal pelos Tribunais de Justiça e quando as decisões judiciárias formadas com base nele são feitas valer com a força do poder do Estado. Antes de ser adotado pelos tribunais e receber uma sanção legal, o costume é apenas uma regra da moralidade positiva, uma regra geralmente observada pelos cidadãos ou súditos, mas derivando sua força, que se pode dizer que possua, da reprovação geral que recai sobre aqueles que a transgridem. (Austin, Henry Holt, 1875, p. 101 e 102)

Herbert Hart, jurista inglês e influente filósofo do direito, defende que as regras não são apenas as promulgadas por instituições jurídicas particulares, mas também regras estabelecidas pelos costumes:

> Muitas das nossas mais antigas regras jurídicas nunca foram explicitamente criadas por um poder legislativo ou tribunal. Quando elas apareceram pela primeira vez em argumentações legais e textos jurídicos foram tratadas como já pertencentes ao direito E isto porque representam a prática costumeira da comunidade ou de uma parte específica dela, como, por exemplo, a comunidade empresarial. (Hart, WMF Martins Fontes, 2009, p. 57)

---

[304] Conforme anunciado no início deste trabalho, a intenção é estabelecer uma relação de causa-consequência entre princípios-lei, princípios-costumes, princípios-etc. Costume foi anunciado acima como fonte (secundária), não como fonte primeira (princípios).

Bobbio, reconhecendo a importância dos costumes na geração do direito, afirma que:

> Um exemplo quase que indiscutido de fonte reconhecida é representado pelo costume. Neste caso, com efeito, estamos diante de regras produzidas pela vida social externamente ao ordenamento jurídico do Estado, e por este último acolhidas num segundo momento como normas jurídicas. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 164)

Quando um ordenamento jurídico alça um costume à categoria de lei e o transforma em norma escrita e vinculativa[305], a lei que foi gerada de um costume não o declara e não impõe a sua obrigatoriedade[306], apenas o formaliza e faz valer a força coercitiva do Estado sobre aqueles que não o seguem. O costume, agora transformado em lei, tem o condão de impor não só a sanção moral, como também a jurídica. O costume, por opção do Estado, foi legislado e passou a ser chamado de lei.

Numa visão complementar à de Austin e Bobbio, Balossini ressalta que:

> (...) os usuários (isto é, os membros da sociedade), os quais com a repetição de seu comportamento dão origem a norma consuetudinária são verdadeiros órgãos do Estado e que seus atos são análogos aos atos dos membros do Parlamento que votam uma lei. A produção legislativa do direito seria apenas um modo mais rápido de produzir o direito mediante o emprego de profissionais da produção jurídica (os membros do Parlamento). (Balossini, apud Bobbio, Ícone, 1995, p. 165)

Em outras palavras, não é a transformação de um costume em lei que o faz ser acatado. Antes mesmo de uma lei o formalizar e impor sua obrigatoriedade ele já era conhecido e respeitado por toda sociedade, a sua prática não passou a ser obrigatória em decorrência da lei, em especial por meio da coerção estatal, mas tão somente pela convicção de segui-lo. A única

---

[305] O positivismo jurídico sustenta que são fontes do direito somente aquilo que o ordenamento jurídico permitiu ser. Quer dizer, as fontes do direito são escolhidas pelo ordenamento.

[306] Não haveria sentido em dizer que foi a lei quem impôs a obrigatoriedade de se seguir um costume, pois a obrigatoriedade já fora imposta anteriormente por sua própria convicção.

inovação feita por esta transmutação (costume-lei) foi a de imputar uma sanção jurídica.

Portanto, torna-se indispensável a distinção entre costume e hábito no universo jurídico. A lei pode impor de maneira inovadora, originária, que determinada sociedade passe a obedecer a certos hábitos e que deixe de praticar outros, por exemplo: o uso do cinto de segurança (imposição de um hábito) e a proibição de fumar em ambientes fechados (reprovação de um hábito)[307].

Com os costumes não funciona assim. A lei não poderia impedir que determinado costume fosse praticado. Uma das primeiras consequências desse possível impedimento seria a reprovação social da lei e, a partir disso, o texto legislado não teria valor algum para os membros de uma sociedade.
Orlando Gomes ressalta que:

> A tese da confirmação legislativa é inadmissível na sua fundamentação e em suas consequências, não passando de intolerável exageração do papel do legislador para lhe reservar o monopólio da produção normativa, que eliminaria o costume como fonte formal do direito. (Gomes, Forense, 2001, p. 43)

Assim, quando uma lei derivada de um costume é descumprida, o que na verdade se está desrespeitando: a lei ou o costume? Parece indiscutível que numa situação como esta é o costume que é afrontado e não a lei que apenas o formalizou. A lei serviu apenas de revestimento, pano de fundo; deu forma ao conteúdo. Mas haverá aqueles que dirão ter sido a lei desobedecida. Essa posição também é indiscutível, mas a lei é descumprida num segundo momento e não na sua origem.

Entretanto, seria correto dizer que existem costumes *contra legem*[308]? Numa primeira análise parece óbvio que haja, ainda mais quando esse assunto

---

[307] ALEXY, Robert. São Paulo: 1ª ed. WMF Martins Fontes, 2009, passim. Trata-se de eficácia social e de correção material.

[308] Há casos em que uma lei ataca diretamente hábitos ou costumes. No primeiro caso é totalmente admissível, até porque o que se busca é a eficácia social e a correção material (Alexy) e a projeção da

encontra respaldo na mais diversificada doutrina. No entanto, numa segunda análise, deve-se reconhecer que por questão de praxe as palavras costume e hábito foram indistintamente utilizadas. Não houve em nenhum momento o cuidado, principalmente do doutrinador, em fazer a distinção entre esses dois termos que, como dito, não são correspondentes no mundo jurídico. Forçar uma sociedade que adote uma lei em conflito com um costume seria ariscado e impor que o observe, desnecessário.

Bobbio conclui que:

> O direito pode disciplinar todas as condutas humanas possíveis, isto é, todos os comportamentos que não são nem necessários, nem impossíveis; e isto precisamente porque o direito é uma técnica social, que serve para influir na conduta humana. Ora, uma norma que ordene um comportamento necessário ou proíba um comportamento impossível seria supérflua e uma norma que ordene um comportamento impossível ou proíba um comportamento necessário seria vã. (Bobbio, Ícone, 1995, p. 145)

Seria incerto que uma lei, mesmo através da coerção estatal, tentasse se sobrepor a um costume. O critério cronológico de Bobbio – *lex posterior derrogat priori* – sobre o conflito de regras falha nesse caso[309]. Funciona perfeitamente somente quando temos regras da mesma espécie. Deve-se evitar que uma lei qualquer entre em conflito com um costume, e mesmo que entre, dificilmente conseguirá que ele deixe de ser observado, pois há muito já é praticado (não foi ao acaso que se transformou em costume).

A aceitação jurídica é consequência imediata do próprio costume, pois não há sentido em dizer costume *contra legem*, mas sim hábitos *contra legem*. Sendo a lei derivação de um costume, não há cabimento em se dizer costume

---

sociedade para o futuro (Bobbio); mas no segundo caso, inadmissível, pelo fato de a lei atacar algo que é seguido e foi eleito pela própria sociedade. E há casos em que o costume é considerado *contra legem* pelo fato de uma determinada lei ter entrado em desuso por decurso de tempo, cedendo lugar a um costume e sendo revogada tacitamente por ele.

[309] Cf. BOBBIO, Norberto. Brasília: 6ª ed. Universidade de Brasília, 1995, p. 93. Sustenta que a lei (regra) mais nova revoga a mais antiga.

contra legem e sim *legem contra consuetum*, pois, em outras palavras, não seria possível o efeito (lei) atacar a própria causa (costume). É evidente que não são os costumes que ofendem as leis e sim o contrário.

A lei, contra ou a favor dos hábitos, atua de maneira pro e retroativa. Contra os costumes, apenas retroativamente, afirmando-o no mundo jurídico; tendo em vista que se agir proativamente e entrar em conflito com um costume colocando-o como se fosse contrário à lei (*contra legem*), haverá reprovação social.

Numa mesma linha de pensamento Machado Neto questiona:

> (...) qual é o direito positivo de tal povo? A lei que ninguém segue e os próprios tribunais já não aplicam ou o costume que é vivido diuturnamente pelos membros da comunidade jurídica? (Machado Neto, Saraiva, 1987, p. 211)

Em oposição aos hábitos a lei funciona muito bem: seja para impor um comportamento desejável, seja para prevenir um comportamento reprovável. Ela pode prevenir erros e corrigir desvios, que talvez levasse anos até que os membros da sociedade conseguissem evitá-los. A determinação estatal, através da coerção imposta pela lei, acelera esse processo de reconhecimento.

Ademais, quanto aos termos costumes *secundum leg*em e *praeter legem*, tem-se no primeiro caso o costume, já praticado por uma sociedade, que o poder estatal, por opção, o formalizou; no segundo ainda não houve essa necessidade.

Finalmente, as expressões *secundum*, *praeter* e *contra legem* só fazem sentido para o positivismo. Ou seja, um costume ser segundo a lei, praticado na ausência da lei ou contrário a lei, só ganhou cabimento quando o formalismo jurídico impôs que a lei fosse a fonte principal do direito e geradora das outras, fechando os olhos para o que de fato surgiu primeiro[310]. Conforme

---

[310] Não existe a perspectiva de impor um critério cronológico como fez Bobbio (*Teoria do ordenamento jurídico*, UnB, 6ª ed., 1995, p. 92 e 93), apenas demonstrar que o costume teve uma aceitação primeiro que a lei e, promulgar uma lei que vá de encontro a um costume é agir proativamente contra a aceitação social.

exposto, o costume deu origem a lei, e não o inverso, como insistem os positivistas[311].

Verifica-se então que o termo costume *contra legem* é um equívoco e dever-se-ia substitui-lo pela expressão hábito *contra legem*.

3.3 – Distinção entre regras e princípios.

Certa vez, um pai cansado de observar que seu filho não se alimentava corretamente, em especial durante o almoço, proibiu-lhe de comer bolachas antes das refeições, pois já não conseguia mais ver a criança deixar restos de comida no prato e de sempre comer “porcarias” fora de hora. Assim, o pai ordenou o seguinte: “Você está proibido de comer bolachas antes das refeições!”

O filho muito respeitador das ordens do pai, e ao mesmo tempo muito esperto, decidiu cumpri-las, mas sem que deixasse de satisfazer os seus próprios desejos. A criança cumpriu a ordem à risca, porém ao invés de comer bolachas antes das refeições passou a comer salgadinhos, bolos, tortas, iogurtes, etc. Diante dessa situação, houve a violação de alguma regra? O objetivo do pai foi alcançado?

O estudo dos princípios e a diferenciação destes em relação às regras tornam-se a cada dia mais importante quando se tem casos atípicos, aqueles bastante complexos ou que o ordenamento jurídico foi incapaz de prever ou definir.

---

[311] Existe grande diferença quando se impõe algo, por exemplo, uma norma jurídica; e quando se aceita algo, p. ex., um costume. A própria aceitação de uma lei é derivada de um costume, quer dizer, o de acatar e seguir leis que não afrontem relações sociais já estabelecidas. Isto demonstra que a lei não passou a ser seguida por causa de uma ameaça vinculada a ela – coerção e sanção, e sim pelo fato de que existe um costume associado ao de seguir as leis quando estas não ofenderem outros costumes. Na verdade, e conforme será demonstrado mais a frente, esse costume de se seguir leis é a consequência imediata de um princípio, ou seja, a causa de um costume.

Em geral, tem-se que uma norma pode ser encarada tanto como uma regra (em especial a lei), tanto como um princípio[312]. Assim, antes mesmo de ser feita esta distinção, resta adiantar como o problema do pai e do filho em relação às bolachas seria resolvido à luz das regras e dos princípios.

Sabendo que o pai lhe impôs uma limitação, agiu astuciosamente para manter a regra, mas quebrar um princípio que estava inerente a ela própria. Na verdade o pai não impôs uma regra, uma condição, e sim um princípio, qual seja: de que não se deve comer antes das refeições[313].

A violação da regra foi consequência imediata da violação do princípio. Mas, em contra partida, a criança poderia muito bem se esquivar alegando que ela foi proibida de comer bolachas e não outra coisa. Em síntese, ela ignorou ou foi incapaz de perceber um princípio que estava por detrás da regra. Nesse caso, compreender apenas a regra foi inútil.

Quando o pai emitiu a ordem para que a criança não comesse bolachas antes das refeições, ele, na verdade, não impôs uma regra pontual e específica, pelo contrário, impôs uma "regra abrangente" e que esperava alcançar determinado objetivo, qual seja: que o filho se alimentasse melhor durante as refeições e não antes delas. Contudo, por trás do comando que foi imposto havia um princípio bem maior que a própria regra.

A distinção entre regras e princípios não poderá ficar apenas no campo semântico. Definir esses dois termos é o mesmo que limitar os seus significados, o que seria um grave erro, pois as análises e os testes que serão feitos estarão baseados na definição que foi dada aos termos – que é limitada

---

[312] "Klaus Günther entende que a distinção entre regras e princípios não deveria ser interpretada como uma distinção entre dois tipos de normas, mas exclusivamente como uma diferenciação entre dois tipos de aplicação de normas." Günther, apud Alexy, WMF Martins Fontes, 2009, p. 88.

[313] Ver Gênesis, capítulo 2, versículo 16-17, AT. Quando Deus, no jardim do Éden, ordenou a Adão e Eva que não comessem do fruto da árvore proibida. Mesmo se tratando de uma regra imposta, ao ser violada também foram violados vários princípios que estavam por detrás dela. É claro que esta situação trata-se apenas de uma ilustração, e de forma alguma pretende induzir o leitor a aceitar ou não o que está escrito em Gênesis. Da mesma forma que alguns escritores se baseiam em mitos (mitologia) para traçar paralelos entre a realidade e o imaginário com o intuito de ilustrar os seus textos, valho-me desta passagem bíblica para ilustrar o meu.

e imprecisa, e não ao seu significado e abrangência como um todo. Então, definir princípios e regras e tentar fazer uma diferenciação baseada em suas definições é um engano que somente causará incertezas e limitações de sentido.[314]

Talvez quem melhor distingue regras de princípios seja Ronald Dworkin[315]. O autor confronta em vários momentos a **tese** positivista sobre as regras e com uma avalanche de exemplos diferencia, sob sua ótica, o significado entre os dois termos. Um desses exemplos foi um julgado de 1889 de um tribunal de Nova Iorque (*Riggs x Palmer*) que teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar sua parte da herança, embora tivesse assassinado seu avô com esse propósito. O tribunal em questão decidiu da seguinte maneira:

> O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: "É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino." Mas o tribunal prosseguiu, observando que "todas as leis e contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime". O assassino não recebeu sua herança. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 71)

---

[314] "*Eu sou o que sou*", foi a expressão que Deus utilizou a Moisés quando este o questionava quem Deus realmente era. Moisés pediu a Deus que desse uma definição de si próprio, ou seja, de um Ser que é maior que ele (Moisés) e que jamais poderia compreender na sua totalidade. (Cf. Êxodo, capítulo 3, versículo 14, AT).

[315] Cf. *Levando os direitos a sério*, 3ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, passim.

Percebe-se que em casos atípicos e difíceis como este (*Hard Cases)*, as regras tornam-se injustas, insuficientes ou inapropriadas e não conseguem dar uma fundamentação lógica, precisa e satisfatória para o caso, de acordo com os mais variados ordenamentos jurídicos baseados na doutrina positivista e suas derivações.

Assim, Ronald Dworkin caracteriza os princípios da seguinte forma:

> Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 36)

Robert Alexy os diferencia das regras da seguinte maneira:

Regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica positiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva... ...Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às suas possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios. (Alexy, WMF Martins Fontes, 2009, p. 85)

Tanto Dworkin quanto Alexy defendem uma interrelação necessária entre direito e moral e que um é simultaneamente a causa-consequência de ser do outro[316]. Os autores sustentam que a base de qualquer ordenamento jurídico deve ser os princípios, com a seguinte diferença: Ao contrário de Dworkin, Alexy promove a idéia de que os princípios são como as regras, não no sentido que se acabou de diferenciar, mas no sentido de que a sua observância deve ser obrigatória assim como as regras são. Quanto à essência dos princípios (dimensão, peso, etc), sua posição caminha lado a lado com a de Dworkin.

Assim, vale a proposição: a partir de um estado mínimo de desenvolvimento, todos os sistemas jurídicos contêm necessariamente princípios. Isso basta como a base para a fundamentação de uma conexão necessária entre direito e moral pelo argumento dos princípios. Portanto, a tese de que todos os sistemas jurídicos contêm necessariamente princípios pode ser munida da restrição, contida naquela proposição, a sistemas jurídicos minimamente desenvolvidos, sem que por isso fracasse o argumento dos princípios. (Alexy, WMF Martins Fontes, 2009, p. 90)

Dworkin, Alexy, Radbrush, entre outros[317] sustentam a ideia de que uma regra para ser completa deve prever todas as situação em que se aplica e todas as exceções que lhe cabem. Assim, argumentam que se não for desse

---

[316] Causa-consequência de ser do outro é um paralelo que foi traçado, neste artigo, com a Mecânica Quântica. Depois de muita inquietação e pesquisa cientifica, ficou claro que a dualidade onda-matéria ou onda-partícula, como preferir, é um fenômeno que a causa de um é necessariamente a causa do outro, e que o efeito de um também é o efeito do outro. Em simples palavras, nem onda nem partícula é a causa ou a consequência da outra e, ao mesmo tempo, onda e partícula são as causas e as consequências da outra. Essa analogia foi posta para que se possa entender que o mundo jurídico não está imune a essas perturbações (causa-consequências) do mundo social. Niklas Luhmann sugere a construção de um sistema autopoiético para o Direito assim como o fez para uma sociedade, em que o Direito se cria e se recria buscando nele mesmo sua autorreferência. Dessa forma, um sistema autopoiético permitiria a construção de um sistema jurídico mais dinâmico e mais adequado à complexidade social.

[317] MacCormick, Habemas, Luhmann, Günther, etc.

modo, a regra estará incompleta. Se o número de exceções que a regra trouxer for demasiadamente alto, conclui-se que se todas as vezes que a regra for citada, tiver que citar também as suas exceções, será algo extremamente trabalhoso e desajeitado.

Portanto, mais claro e preciso será o enunciado de uma regra quando está trouxer consigo todas as suas exceções. Está analogia ilustra bem o exemplo das bolachas. Imagine toda vez que o pai ordenasse algo ao filho, no exemplo acima, teria que repetir a lista de comidas proibidas todas as vezes que emitisse a ordem (bombons, biscoitos, etc.).

As regras ou são aceitas e acatadas ou não. Quando há conflito entre as regras uma deixa de existir para que a outra prevaleça, então, a regra perdedora deve ser mudada ou então abandonada. Não existe a possibilidade de duas regras em conflito participarem do mesmo ordenamento jurídico. A resolução de antinomias jurídicas sugeridas por Bobbio[318] só tem fundamento quando as regras já foram postas, ou seja, criadas; mas haverá aqueles casos novos ou difíceis que as regras ainda não os alcançaram, portanto, inexistente no ordenamento jurídico.

Porém, com os princípios, não funciona dessa maneira. Eles não estão hierarquizados nem submetidos uns aos outros, quando há conflito entre eles um dá passagem ao outro sem deixar de existir, portanto, o princípio que ora foi derrotado poderá se sagrar vencedor em outras circunstâncias. Os princípios não são absolutos – são dinâmicos, eles apenas inclinam a decisão em determinada direção de maneira nem conclusiva, nem absoluta; sobrevivem intactos quando não prevalecem.

Se, segundo a concepção positivista do direito, um juiz tem discricionariedade para solucionar determinado caso utilizando-se de regras (que são estáticas e inflexíveis, pois não acompanham a rápida evolução social), que sob sua ótica melhor se enquadram ao caso, por acreditar que ela seja obrigatória, há de se convir que ele possa estar certo ou errado em sua

---

[318] Cf. *Teoria do ordenamento jurídico*, UnB, 6ª ed., 1995, p. 81 ss.

avaliação pessoal. Ele pode preferir uma regra em prejuízo de outra, isso, agindo de acordo como manda o ordenamento e convicto de sua avaliação pessoal. Ainda assim, sabe-se que nem todos os juízes terão a mesma avaliação de determinado caso e, como consequência, utilizarão a melhor regra que para eles se encaixam ao problema.

Mas se um juiz acreditar que deva solucionar o mesmo caso, só que agora utilizando princípios, ele certamente terá em sua frente uma gama deles e, não diferente das regras, alguns se colidirão com outros. Então, em sua análise pessoal, o juiz preferirá um ou uns princípios em vez de outros e dará maior peso e importância àqueles que foram selecionados. Assim, ele poderá estar certo ou errado em sua avaliação pessoal acerca dos princípios do mesmo modo que poderá estar certo ou errado a respeito das regras.

Dworkin sustenta que a discricionariedade que o positivismo dá aos juízes quando estes vão decidir certos casos não passa de uma tentativa que há muito tempo já foi abandonada. Os juízes, muitas vezes arbitrariamente, utilizam-se dessas regras como pano de fundo para decidirem de acordo com suas vontades ou convicções, e não de acordo com critérios impessoais:

> (...) os juízes com origens econômicas e políticas específicas ou oriundos de tipos específicos de práticas jurídicas, ou adeptos de sistemas de valores específicos, ou com afiliações políticas específicas, tendem a decidir em favor de réus com as mesmas origens sociais e institucionais? Os juízes da Suprema Corte formam blocos que se mantêm unidos quando têm de decidir casos que envolvem raça, sindicatos ou trustes? Essas questões empíricas parecem relevantes, porque se a origem social ou as lealdades preexistentes determinam a decisão de um juiz, isso sugere que ele não está seguindo regras. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 10)

E continua ao questionar se:

> (...) os juízes sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e as aplicam retroativamente? (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 8)

Contudo, parece mais razoável afirmar que cada juiz escolhe as suas próprias regras e as justificam através de outras.

3.4 – Afinal, o que são os princípios e porque eles são tão importantes no contexto jurídico-político?

Certo de que o legislador é incapaz de prever todos os acontecimentos ou todas as condutas possíveis ao ser humano, a lei não conseguirá acompanhar o ritmo das evoluções sociais[319], por isso, em alguns casos, estará defasada:

> O mundo jurídico nasce, surge, do mundo social. Está contido neste (social) e não pode ser entendido como uma extensão dele, autônomo. Está necessariamente a todo o tempo vinculado a aceitação social. A jurudicização da sociedade veio para organizar o mundo social e não para se apartar dele. (Gilissen, Calouste Gulbenkian, 2011, p. 43)

Assim, em determinadas situações (em especial naqueles casos ambíguos, difíceis ou confusos – *Hard Cases*) as regras não conseguirão dar um explicação satisfatória, plausível. Por mais que o campo da discricionariedade e da interpretação estejam abertos, as regras ou serão insuficientes (a ponto de não regularem dado caso) ou, por melhor que seja escolhida por um juiz (de acordo com critérios positivistas) ela não conseguirá justificar de maneira adequada certas decisões. São nessas situações que os princípios ganham relevância.

Eles são versáteis, dinâmicos, e não pré-moldados, hierarquizados e estáticos como as regras. Elas possuem uma solução pronta, os princípios não. Em casos difíceis, como o de *Riggs x Palmer,* uma decisão tomada de acordo com as regras se mostra inadequada, enquanto utilizando-se de uma argumentação racional e de um juízo de ponderação de princípios ela poderá

---

[319] A dinâmica das relações sociais cresce mais rapidamente que a jurídica. A expansão da fronteira social é mais rápida que a expansão jurídica. Num modelo ideal, o mundo jurídico, por meio do legislador, conseguirá, no máximo, acompanhar essas transformações, nunca estará à frente delas.

ser perfeitamente justificada e aplicável. A decisão não fica presa à regra, pelo contrário, vai além dela.

As regras são comandos, elementos indispensáveis a todo ordenamento jurídico. Na maioria dos casos elas antecipam uma decisão que está clara, quer dizer, não existem dúvidas sobre o que se quer resolver. A finalidade da regra quase sempre é proteger e resguardar princípios, ou seja, o legislador ao elaborar uma regra quer materializar que determinadas condutas, baseadas em princípios, devem ser seguidas ou vedadas. Visa-se, então, a elaboração de uma regra para tutelar um princípio, que nesse caso, ganha efetividade e aplicação com a entrada em vigor da regra. A regra em momento algum criou um princípio, apenas o materializou.

É obvio que também há casos, mas que agora não envolvem a insuficiência das regras, e sim um conflito aparente[320] de princípios. Nesses casos é preciso que se faça uma ponderação de princípios.

Ponderação não quer dizer a simples e indistinta escolha entre um ou outro princípio, e sim o confronto, o choque entre eles. Envolve análise, escolha e justificação; e não apenas escolha e justificação.

O choque entre princípios se faz necessário para que eles ganhem força, dimensão e peso, quer dizer, importância[321]. Somente após o choque entre princípios conflitantes, quer dizer, ponderação, é que se escolhe um vencedor. Essa escolha, na verdade, é um sacrifício que o ponderador (um juiz, por exemplo) faz de um princípio em prol do outro. Mesmo após a ponderação,

---

[320] Conflito aparente não deve ser confundido com conflito real. É aparente antes de uma ponderação, é real depois dela.

[321] Traçando, novamente, um paralelo com a Física, falamos que uma partícula, p. ex., o neutrino, possui massa de repouso igual a zero quando esta se encontra em repouso absoluto, quer dizer, no sistema onde está contida, não causa perturbação alguma. Ela não desfruta de uma das características principais que as outras partículas possuem: a massa. Só passa a tê-la quando entra em movimento e, como consequência, passa a ser percebida. Assim, os princípios, se tratados isoladamente, não possuem peso, dimensão ou importância; só passam a gozar desses atributos quando confrontados. É claro que ao final de uma ponderação haverá princípios que se mostrarão mais importantes que outros (mas somente naquele caso específico) sem, em momento algum, ser superior aos outros em todos os casos. Ver, p. ex., princípio da liberdade de expressão *x* princípio da intimidade, em: ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 7 a 12.

todos os princípios conflitantes continuam sendo válidos. Somente em casos específicos (concreto), que se acabou de ponderar, é que um cede lugar a outro, sem, contudo, deixar de ser válido.

> Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 42)

Entretanto, não se pode afirmar que exista uma ponderação entre regras. Um juiz pode perfeitamente escolher uma regra em vez de outra e justificar sua decisão pautada nessa escolha. Porém, não poderá proceder a uma ponderação entre elas por um motivo óbvio: quando duas regras entram em conflito uma deverá, necessariamente, dar lugar a outra e como consequência, ser modificada ou excluída do ordenamento jurídico conforme os critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade das normas.

Segundo Bobbio:

> Devido à tendência de cada ordenamento jurídico se constituir em sistema, a presença de antinomias em sentido próprio é um defeito que o intérprete tende a eliminar. Como antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá constituir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas (no caso de normas contrárias, também na eliminação das duas). (Bobbio, UnB, 1995, p. 91)

Percebe-se que há essa necessidade de retirada ou modificação de uma regra de um ordenamento jurídico, pois nem todas foram criadas pautadas ou a partir de princípios. Se assim fossem, poder-se-ia ter uma ponderação de regras, já que elas seriam derivações destes, mesmo num segundo momento, pois a regra foi responsável por materializar um princípio notável.

Alexy, a partir da tese da incorporação, sustenta que todo sistema jurídico minimamente desenvolvido contém necessariamente princípios e que eles são elementos necessários a todos os sistemas jurídicos[322].

3.5 – Os princípios como fonte das fontes.

Como exposto anteriormente, os costumes são caracterizados, primeiramente, como algo que é moralmente aceito e, num segundo instante, pela prática reiterada daquilo que se supõe que deva ser seguido, ou seja, do elemento moral. A soma desses dois elementos caracteriza a formação de um costume. Porém, o que dá ao costume a convicção de obrigatoriedade é o seu elemento subjetivo – ser moralmente aceito, e não o seu elemento objetivo, quer dizer, sua repetição ao longo do tempo. Se assim fosse, um hábito ou um comportamento que é socialmente reprovável poderia se tornar um costume, pois são reiteradas vezes praticados.

A origem de um costume, como dito, não está em sua repetição, e sim em sua aceitação. Afinal, o costume, em sua gênese, ainda não pode ser considerado um costume, pois ainda não foi aprimorado pelo critério temporal. Entretanto, a noção de obrigatoriedade não passa a existir somente com a repetição, e sim com o aparecimento do elemento subjetivo. Em outras palavras, existem princípios que estão por trás dessa aceitação moral (a própria aceitação moral é um princípio) e que ao longo do tempo se transformaram em costumes através da repetição. Assim, a gênese de todos eles só podem ser os princípios.

Tem-se, então, que a origem dos costumes são os princípios e, como mostrado anteriormente, esses (costumes) podem ser a origem de várias regras, em especial a lei.

---

[322] Cf. ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 86 a 90.

Evidente é a relação lógica na criação e formação das fontes do direito que está ao redor dos princípios. Esses são as causas dos costumes que, por sua vez, são as causas das regras. Ou, em outra análise, os princípios são os geradores diretos de determinadas regras. Contudo, sabe-se que existem regras que foram formadas a partir de outras regras e que essas, também foram geradas de outras e assim sucessivamente. Porém, se for feita uma regressão, regra a regra, chegar-se-á em algum momento que a regra geradora das outras está fundamentada em algum princípio. Quer dizer, em algum momento, o legislador tendo por óbvio a notoriedade de um princípio ou a convicção de que algo deveria ser proibido ou permitido, legislou em favor desses princípios, materializando-os e os tornando em regra a ser observada.
Pode ser que algumas dessas regras tenham se desdobrado em outras, o que não traz problema algum, mas o que se sustenta neste trabalho é que a geração dessas regras primeiras está apoiada em princípios. Em algum momento, mais precisamente em suas origens, elas tiveram como pano de fundo os princípios.

Dworkin sustenta que:

> Contudo, mais uma possibilidade deve ser examinada. Se nenhuma regra de reconhecimento pode fornecer um teste para identificar princípios, por que não dizer que os princípios constituem a última instância e constituem a regra de reconhecimento do nosso direito? (Dworkin, WMF Martins Fontes, 2012, p. 71)

Kelsen defende o escalonamento hierárquico das regras e que a origem de todas elas, em seu aspecto jurídico-positivo, encontra respaldo na chamada Regra Fundamental[323]. Hart, de maneira análoga, defende a existência de regras primárias que encontram amparo em uma regra secundária fundamental, conhecida por Regra de Reconhecimento[324]. Assim, ao se fazer a

---

[323] Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
[324] Cf. HART, Herbert L. A. O *conceito de direito*. 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

regressão acima proposta, conclui-se que a Regra Fundamental de Kelsen e a Regra de Reconhecimento de Hart ou são princípios ou estão apoiadas neles.
O Código Penal brasileiro em seu artigo 121 assim prescreve: *Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos*. Essa prescrição é de ordem lógica, pois já está subentendido que todos saibam que não se deve retirar a vida de outrem. Por que, então, não foi prescrito da seguinte forma: *É proibido matar: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.?* Tem-se, como imperativo lógico, que a conduta de se matar alguém é algo proibido e implícito a todos. Toda pessoa em seu estado mínimo de consciência e capacidade mental sabe, mesmo que inconscientemente, que matar alguém é uma conduta proibida. É algo abominável às outras pessoas e, que por isso, não se deve matar. Assim, o legislador, apoiando-se no princípio de que não se dever matar outrem, poupa a sociedade do óbvio, e em vez de prescrever que é proibido matar (o que todos de uma maneira ou outra já sabem), prescreve diretamente a pena para quem matar. Quer dizer, o legislador acredita que todos sabem que determinadas condutas são proibidas.

Igualmente é quando o legislador prescreve no art. 3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que *ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*. Está claro que o artigo 3º baseia-se em um princípio (na verdade, ele é um princípio!). Se assim não fosse, todos poderiam alegar desconhecimento da lei para se safarem de seus delitos.

4.1 O princípio da dignidade humana

Conforme exposto acima, os princípios são as fontes das fontes, pois, novamente, vinculam e orientam os costumes e as leis, sendo estas manifestações lógicas e imediatas daqueles.

Comentar-se-á, agora, a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, ou melhor, sobre o princípio da dignidade humana.

Tem-se no princípio da dignidade humana duas estruturas peculiares que merecem ser comentadas. A primeira delas é a que trata a dignidade humana como um princípio, e a segunda refere-se à própria dignidade em si.

Quanto à primeira estrutura não resta dúvida de se tratar realmente de um princípio – não em si, e não também pelo motivo de os mais variados ordenamentos jurídicos lhe imputarem essa qualidade, mas, justamente, pelo caráter abstrato e condicionante que se reveste a dignidade humana e pelo esvaziamento ou prejudicialidade que teriam os mesmo (ordenamentos) caso não o tivessem como centro inspirador.

Quanto à segunda estrutura, parece um equívoco dizer dignidade da pessoa humana, pois, *a priori*, toda pessoa é humana. Somente as pessoas, obviamente, humanas, são, segundo Kant, merecedoras de dignidade.[325]

Talvez por força do hábito (repetição), ou pelo fato de estudos de direito comparado terem importado a expressão para o ordenamento brasileiro, esse termo (dignidade da pessoa humana) tenha se firmado como está. Melhor, então, é utilizar dignidade humana, em vez de dignidade da pessoa humana.

Assim, nada se perde em conteúdo ao se referir à forma reduzida da expressão. Opta-se, daqui em diante, utilizar apenas a forma reduzida em vez da variante pleonástica redundante.

Entretanto, como afirmado, o princípio da dignidade humana não pode ser confundido como um princípio em si. Trata-o dessa forma por hábito, convenção ou comodidade. Deve-se encará-lo como a expressão, um resultado, um reflexo, uma consequência imediata, de condutas que atinjam diretamente o conjunto de valores que por ele é tutelado, pois, não sendo tecnicamente um princípio em si, não existe a possibilidade de atacá-lo diretamente, a não ser, somente, por via reflexa.

Quando o princípio da dignidade humana é ofendido, na verdade o que se ofende, primeiramente, são institutos (valores) que são por ele resguardados como, por exemplo: a vida, a liberdade, a igualdade, a

---

[325] Cf. KANT, Emmanuel. Fondements de La Métaphysuque des Moeurs, p. 104.

integridade física, psíquica ou moral, a autonomia da vontade, etc. A consequência imediata dessa ofensa é o desrespeito à própria dignidade do homem, que se dá, porém, secundariamente. Quer dizer, o princípio da dignidade humana é o manto que resguarda e reveste um conjunto de princípios fundamentais que, sem os quais, a espécie humana (o homem) não poderia subsistir, nem como espécie animal, nem como ente (pessoa).
Atingir a vida, a liberdade ou a integridade física de outrem é o mesmo que atingir a própria dignidade, não importando se os valores ora atacados os foram em conjunto ou isoladamente. Em outras palavras, o princípio da dignidade humana é um conjunto, a soma de vários outros princípios que dão conteúdo a forma, que tem um caráter amplo, denso e genérico. Encontram-se, nessa generalidade, múltiplas aplicações e, em contrapartida, várias críticas.[326]

4.2 Os dois lados da dignidade humana

Posto isso, passa-se a examinar o princípio da dignidade humana sob dois enfoques. O primeiro é aquele em que a dignidade é vista como a dignidade do Homem – inerente a espécie humana, ao indivíduo[327]; o segundo é o que analisa a dignidade como aquela relativa à pessoa.

Certo de que a dignidade humana pode se referir tanto a do Homem quanto a da pessoa, torna-se inevitável fazer esta distinção.

A dignidade do Homem é tida como o conjunto de princípios universalmente aceitos que são indiscutíveis e atemporais, revestem-se de um caráter abstrato, porém, absolutos. Quer dizer, são valores sem os quais o

---

[326] O princípio da dignidade humana é alvo de inúmeras críticas devido ao seu caráter abstrato e, principalmente, genérico. Não são poucas as vezes que ele é também chamado de princípio coringa, multiuso ou, até mesmo, Bombril (1001 utilidades). Como será mostrado à frente, é um equívoco pensar assim, pois esse entendimento ou é devido à falta de uma argumentação consistente que o explique e faça-o ser aplicado ou pela resistência que alguns forçam para não compreendê-lo.

[327] DaMatta define o indivíduo como aquele sujeito que é igual a todos os outros, que não pode ser diferenciado no conjunto em uma coletividade e não sofre diferenciação por características próprias. DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 54.

homem deixaria de ser caracterizado como tal. Faz parte da essência humana, confundindo-se, todavia, com os próprios direitos humanos e, até mesmo, com os próprios direitos fundamentais.

A dignidade do homem não se identifica com a dignidade no homem, ou seja, da pessoa. A primeira ampara direitos, tais como: vida, liberdade, igualdade, integridade física; sendo, portanto, coletiva, indisponível e imutável. É reconhecida imediatamente ao ser afrontada.

Por exemplo, não existem dúvidas quanto ao direito de proteção à vida. Quem é o princípio e quem é a regra nesse caso. A vida ou a proteção? Existe o princípio de proteção? É claro que não. Isso é uma falácia! Pois a proteção, que nesse caso funciona como regra, é uma consequência obvia e imediata que resguarda um princípio, qual seja: a vida. É dessa regra que reveste o princípio que se tem o direito a vida. O direito não é de proteção, e sim o de ter a vida protegida! A proteção, como vista, é regra; portanto, secundária.

Entretanto, a vida ao ser ameaçada, ameaça-se também a própria dignidade humana. Irrelevante, nesse caso, se é a do homem ou no homem.

Imagine que exista um país onde haja a prática milenar de sacrificar aos “deuses” todos os primogênitos quando estes completarem um ano de vida. Ou que, em outro país, seja permitida a prática do aborto em quaisquer circunstâncias. Está claro que nos dois exemplos há, flagrantemente, ofensa a dignidade humana. Nesses casos, qualquer argumentação a favor ou contra é desnecessária e irrelevante. Como dizem: a violação “está na cara”. O princípio da dignidade humana visa proteger, contra tudo e contra todos, aqueles valores fundamentais sem os quais o homem deixa de ser considerado como tal.

Já a dignidade da *pessoa* (no homem/mulher) é aquela de caráter intrínseco, relativa a cada um, e que se desenvolve segundo aspectos econômicos, culturais, territoriais, morais, etc., varia de ordenamento para ordenamento, e de pessoa para pessoa sendo, portanto, individual, mutável e, às vezes, afastável. Nesse prisma, entende-se que a dignidade da pessoa é

algo inerente a ela mesma e que flui de dentro pra fora. É a busca por reconhecimento e respeito, confundindo-se com o próprio direito subjetivo.

Nessa sentido, o termo *pessoa* é pela primeira vez definido por Boécio, em seu tratado *Contra Euthychen et Nestorium*, nos seguintes termos: "*naturae rationabilis individua substantia*".[328]

Roberto DaMatta define como *pessoa* aquele sujeito capaz de ser identificado, que pode ser colocado numa condição de exigir algo (respeito e direitos), enfim, como superior a outra pessoa ou a outro indivíduo, hierarquizando e dinamizando as relações sociais, bem como causando sua saída do anonimato quando necessário. [329]

Explica-se, assim, o porquê de os judeus não se sentirem ofendidos, ou melhor, não terem sua dignidade afrontada quando são circuncidados, ou quando os lutadores de MMA combatem entre si. Por mais que outras pessoas considerem um absurdo a prática desses atos, a própria pessoa em si não se sente constrangida.

Observe que nos casos de afronta a dignidade da *pessoa* sempre cabe uma argumentação, novamente, a favor ou contra. Já nas situações de afronta a dignidade do *homem* nenhuma argumentação será possível.

Óbvio, porém, que não será a figura do legislador que definirá quais os valores e princípios que serão parte da dignidade do homem e quais serão parte da dignidade da pessoa. Essa apartação sempre será extensiva, nunca taxativa.

É justamente na falta de critérios objetivos que paira o princípio da dignidade. Justamente por esta razão que ele se torna genérico, abstrato e ilimitado.

---

[328] Substância individual de natureza racional.
[329] DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 55.

Conclusão

Mas há sentido em dizer que fontes materiais não vinculam enquanto as formais vinculam? Esta pergunta pode ser respondida de duas formas: sim e não. Sim, se considerarmos o nosso modelo jurídico (sistema) como aquele que acompanha tendências positivistas de encarar o Direito, e que o princípio da legalidade se sobreponha a outros princípios e aos costumes, sendo, portanto, a lei a primazia do Direito. Porém, essa tendência não se coaduna com a visão proposta pela ponderação de princípios, visto que só há sentido em se dizer da prevalência de um princípio sobre o outro quando eles se confrontam em um caso concreto, e que apenas princípios podem ser ponderados. E não, se tratarmos o nosso sistema jurídico como aquele que não possui uma hierarquia entre as fontes do direito e, em especial, entre os princípios.

Se tratarmos também o nosso modelo como sendo aquele que segue e acompanha uma das visões jusnaturalistas que diz: *o Direito não é idêntico à totalidade das leis escritas*. (Robert Alexy apud Radbrush, 2009, p. 85), chega-se a conclusão de que a pergunta acima proposta, na verdade se inverte, e pode-se concluir que são as fontes materiais primeiras (princípios) é quem vinculam e guiam as demais fontes (secundárias). Assim, a lei, os costumes, a doutrina e a jurisprudência são meras expressões/derivações lógicas dos princípios. Estão ligados a eles (princípios) a todo instante. Como argumentado, a raiz deles são os princípios.

Notadamente, a sociedade, dia a dia, torna-se mais complexa e mais instável e os modelos jurídicos (ordenamentos) que se baseiam primordialmente em regras já não são mais suscetíveis. Em outras palavras, já estão sucumbidos ou não conseguem acompanhar a rápida transformação social.[330]

---

[330] Em nenhum momento neste artigo se pretendeu desconstruir a idéia positivista do direito em relação às regras, em especial às leis. Procurou-se demonstrar que esse modelo de regras que foi

Contudo, torna-se necessário que outros padrões, que não estejam calcados apenas em regras, sejam estabelecidos. É preciso, assim como outrora a codificação, a legislação e a normatização foram de extrema importância e necessidade para a sociedade, que haja uma nova maneira de se reinventar e interpretar o Direito. Que essa nova visão tenha maiores efeitos e alcance por meio dos princípios.

Finalmente, observa-se o caráter amplo e abrangente que é dado ao princípio da dignidade humana. Não é por menos, pois guarda valores tão importantes e que se confrontam a todo instante devendo, entretanto, não ser nada fácil a sua compreensão e definição. É necessário que ele tenha esse caráter elástico e dinâmico, pois somente assim poderá acompanhar as infinitas e invariáveis transformações sociais. Toda via, como exposto acima, é necessário que seja sempre revelado, quer dizer, que se aponte, de fato, aquilo que é afrontado e que está abrigado por seu manto. Assim, somente através de uma argumentação racional, sustentada por princípios, que a própria dignidade humana resguarda, é que ela poderá prosperar.

---

imposto pelos mais variados ordenamento jurídicos atuais é insuficiente, o que não quer dizer que eles sejam inválidos ou falhos em todas as situações. Muitos erros são cometidos pelos juízes por se sentirem amarrados às leis, e que essas os impedem (a não ser em casos extremos) de realizarem um julgamento valorativo e discricionário para decidir caso a caso. Num paralelo semelhante, quando a Mecânica Newtoniana começou a falhar e foi substituída (não integralmente) pela Mecânica Quântica (Einstein, Planck, Heisenberg, Schrödinger Bohr, etc.) não significou que Newton e os demais estavam errados e que sua teoria tivesse que ser abandonada. Pelo contrário, significou que em determinados eventos da natureza, em particular no mundo atômico, a Mecânica Newtoniana falha, mas sem deixar de ser verdadeira e aplicável em outros casos. Assim, também, acontece no mundo jurídico, em relação aos *Hard Cases*. O afastamento deverá acontecer nesses casos mais complexos e ser sucedido por modelos que melhor representam a realidade. Assim como foi difícil para a Igreja Católica – em especial para os inquisicionistas, aceitarem as novas idéias de Giordano Bruno e Galileu Galiei; também foi difícil para os amantes da Mecânica Clássica abandonarem as suas idéias e embarcarem em um mundo desconhecido. Porque, então, será diferente com o mundo jurídico aceitar que os princípios são as causas primeiras e fundamentais de todos os ordenamentos?

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____________. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

_____________. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica, 2ª ed., São Paulo: Forense, 2011.

AUSTIN, John; CAMPBELL, Robert. Lectures on Jurisprudence, Or, The Philosophy of Positive Law, Harvard University: Henry Holt, 1875.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 6ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

________________. O Positivismo Jurídico – Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, 4ª. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 3ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_________________. *Uma questão de princípio*, 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

_________________. *O império do direito*, 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_________________. *A justiça de toga*, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 6ª ed., Calouste Gulbenkian, 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 20ª ed., São Paulo: Forense, 2010.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KANT, Emmanuel. Fondements de La Métaphysuque des Moeurs.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 8ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____________. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1938.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*, 6ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

MARCONDES, Danilo. Iniciação a história da filosofia – Dos pré-socráticos a Wittgenstein, 13ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

MIRANDOLA, Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem.* Porto: Areal Editores, 2005. 112 p.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico*, 1ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: A sociedade como sistema*, 1ª ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, 1ª ed., Bauru – SP: EDIPRO, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 6. ed. 164 p.

SOBOTA, Katharina. "*Don't Mention the Norm*!". International Journal for Semiotics of Law, IV/10, 1991. Trad. João Maurício Adeodato, da Faculdade de Direito do Recife.